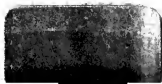


~~11112~~ 39

167

D

39





(1)



ELEMENTI

del

DIRITTO CIVILE

**SECONDO L'ORDINE DELLE ISTITUZIONI
DI GIUSTINIANO .**

di

GIO. GOTTL. EINECCIO

TRADOTTI DAL LATINO

dall'avvocato

LELIO M. FANELLI.

Seconda Edizione

Diligentemente riveduta e ricorretta dal traduttore ; preceduta da una sua versione italiana del Compendio Storico del Diritto Romano del signor DUPIN, e da un cenno sulla vita e le opere di ERMACIO ; illustrata per la prima volta co' sommerii in ogni titolo ; messa nelle annotazioni in confronto colle Recitazioni ; ed arricchita di altre noticine del traduttore relative al Diritto Romano e al Codice per lo Regno delle Due Sicilie.

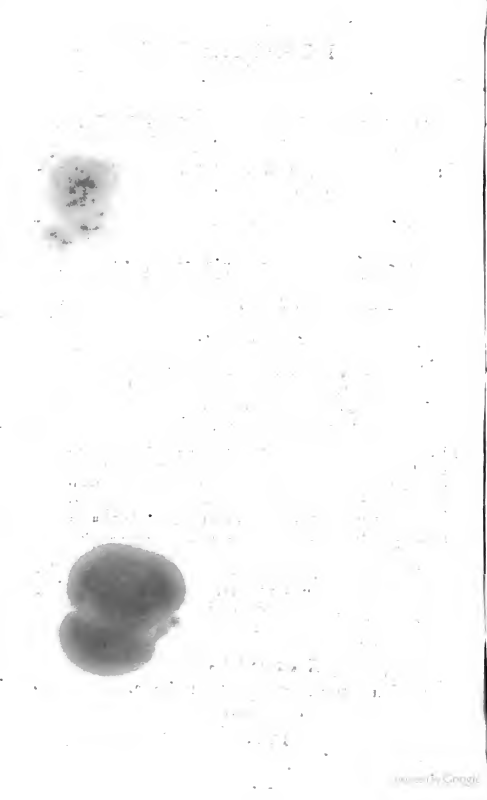
TOMO II.



NAPOLI,

DAI TORCHI DELL'OSSERVATORE MEDICO.

1831.



LIBRO TERZO DELLE COSE

AVVERTIMENTO DEL TRADUTTORE

S U I

PRIMI TREDICI TITOLI DI QUESTO TERZO LIBRO.

I primi Tredici Titoli di questo Terzo Libro, tutti relativi alla successione ab intestato secondo gli antichi, non sono riportati nelle Recitazioni, sulla considerazione di contener essi un diritto molto antico. Non dee quindi recar meraviglia se ne' mentovati Tredici Titoli niuna annotazione troverassi attinta dalle Recitazioni. L' Autore però ne fa un transunto nel principio di questo Terzo Libro: e siccome mio proponimento fu fin dal bel principio di questa seconda edizione delle Istituzioni d' illustrarla colla riunione delle due opere, ragion vuole che, onde nulla omettere del libro delle Recitazioni, l' indicato transunto io qui riferisca: eccolo.

» È costume nelle accademie, che coloro i quali addetti sono a insegnare omettano questi Tredici Titoli, perchè contenenti un diritto assai antico. Non v'ha di fatto chi ignori che Giustiniano, dopo aver sanzionate le Costituzioni, pubblicò la Novella CXVIII, nella quale tutto cambiò l' ordine di succedere ab intestato. Ma perchè l' ordine delle successioni giusta gli antichi sconosciuto non resti, in poche regole il chiuderemo.

» I. La prima di queste regole, che delle altre il fondamento costituisce, è: gli antichi nella successione avevano riguardo allo stato della famiglia: per la qual cosa, coloro i quali alla famiglia non appartenevano erano esclusi dalla eredità, come be-

nissimo insegnò il *Binchersoechio*, in *Observat. jur.* lib. 2, cap. 1.

» II. Da ciò nasceva la seconda regola, cioè che i soli figli suoi, non già gli emancipati ammetter si dovevano alla eredità, poichè, siccome questi non formano più parte della famiglia, giusta la regola prima, così non debbono alla eredità partecipare.

» III. Non essendoci figli suoi, prossimi alla successione erano gli agnati, e se questi eran molti, succedevano i più prossimi; poichè essendo questi a noi congiunti dal lato paterno (§. 220), sono ancora i soli appartenenti alla famiglia, non già i cognati.

» IV. Intorno a' cognati bisogna notare la quarta regola, cioè che i cognati per diritto civile non succedono; ma sono però chiamati dal pretore una cogli agnati in forza dell' editto *DE COGNATIS*; poichè spesso il pretore accordava il possesso de' beni a coloro che per diritto civile non erano ammessi alla eredità (§ 65).

» V. Lo stesso pretore, non essendoci figli, o agnati, o cognati, dava il possesso de' beni al marito o alla moglie, secondo l' editto *UNDE VIR ET Uxor*. Ma ciò deesi intendere della moglie la quale non era venuta in potere del marito mercè la confarreazione o la compra fatta a vicenda, o anche per l' uso: poichè se non era venuta in potere del marito, consideravasi come figlia di famiglia, e quindi le spettava l' eredità come figlia (§. 116).

» VI. Morendo il liberto senza figli, la eredità spettava al patrono; ovvero, questi mancando, a' di lui figli: poichè essendo il patrono in luogo di agnato, anzi in luogo di padre rispetto al liberto (§ 111), doveva essere ancora prossimo all' eredità.

» E questo era l' ordine delle successioni secondo il diritto antico. Ma essendo state come abbiám detto, tutte queste cose da Giustiniano cangiate, fa d' uopo illustrare un poco più accuratamente il nuovo modo di succedere che oggi è in uso.

Ciò però sarà fatto in quest' opera dopo il tredicesimo de' titoli che seguono immediatamente.

TITOLO I.

Delle eredità legittime.

SOMMARIO.

§. 588 Concettazione delle materie: quando è che la successione *ab intestato* ha luogo. -- 689 Ordine con cui sarà trattata la materia delle successioni. -- 690 Fondamento dell' antico modo di succedere. -- 691 Persone che tenevano il primo grado nelle famiglie. -- 692 Primi successibili.

§. 688. **S**₁ è trattato di sopra dell' eredità che si deferisce per testamento. Quando però il testamento o non esista o sia infirmato, ha luogo la *successione legittima* ossia *ab intestato* (§. 484) di cui tratteremo ne' primi Tredici Titoli di questo Terzo Libro.

§. 689. Per diritto antico ci era un sistema di successione, che Giustiniano espose nelle sue Istituzioni (1) diverso da quello che introdusse colla Novella CXVIII. Indicherem dapprima in poche parole la storia del diritto antico, e indi più ampiamente tratteremo del nuovo modo di succedere.

§. 690. Il fondamento dell' antico sistema di successione era la conservazione de' beni nelle famiglie. Imperocchè queste sembravano tante università i cui capi erano i padri di famiglia, e i figli e gli agnati godevano un certo diritto subordinato al loro capo, il quale diceasi *quintessima*, cioè *comune dominio* (1). Dunque succedevano que' soli che formavano parte della famiglia e non già gli emancipati e i cognati.

§. 691. Ma siccome i più prossimi nella famiglia erano eredi *suoi*, in certo modo condomini col padre di famiglia quand' era vivente, per cui tenevano il primo grado nella famiglia (2); così dalle leggi decemvirali fu stabilito: *se taluno muoja ab intestato*

(1) *Van Bynkershoek, Obs. jur. lib. 2, cap. 1.*

(2) Ricontrate il §. 588, ove definimmo con molta chiarezza gli eredi *suoi* e necessarij.

senza erede suo, l'eredità sarà raccolta dal più prossimo agnato (1).

§. 692. Sicchè i primi a succedere erano i figli suoi (a) sì naturali che adottivi (2), colla regola che i più prossimi in grado succedevano *in capita*, e i più remoti *in stirpes* (3); ma non gli emancipati e le emancipate (4), benchè il pretore mosso da equità naturale li chiamasse a succedere coll' editto *unde liberi* (5).

TITOLO II.

Della successione legittima degli Agnati.

SOMMARIO.

§. 693 Successione degli agnati in mancanza de' figli. -- 694 Regola per la successione de' medesimi: esclusione de' cognati. -- 695 Successione del padre al figlio suo e all' emancipato: diritto della madre sulla successione de' figli, e di questi alla madre: diritto posteriore su questa reciprocità di successione.

§. 693. Poichè gli agnati erano della stessa famiglia e del medesimo cognome, così la menzionata legge decemvirale, citata nel §. 691, chiamava i più prossimi agnati in mancanza di figli.

§. 694: Dal che seguiva 1.^o che succedean que' soli che erano congiunti al defunto per le persone del sesso maschile (*), e non già i cognati (6). Gli agnati succedevano all' infinito, ma le agnate non aveano questo diritto al di là delle sorelle (7), sebbene il pretore coll' editto *unde cognati* chiamasse anche quelle di

(1) *Si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*, Leg. 9, §. 2, ff. de lib. et posthum.; Ulpiano Fragm. tit. 26, §. 1.

(a) E perciò anche le mogli che venivano sotto la potestà de' loro mariti, le quali stando in luogo di figlie di famiglia partecipavano di tutti i beni e di tutte le cose sacre de' medesimi. *Dionis. Alicarn. lib. 2, pag. 95*. Vedete la nota del §. 146.

(2) §. 2, 7, *Inst. h. t.*

(3) §. 6, *Inst. h. t.*

(4) §. 9, *Inst. h. t.* Vedete il §. 690 in questo titolo.

(5) Vedete la nota del §. 220.

(*) Cioè gli agnati.

(6) Rivedete il §. 690.

(7) §. 3, *Inst. h. t.*

gradi ulteriori (1). 2° Lo stesso diritto apparteneva agli agnati naturali, e a quelli che erano divenuti tali mercè l'adozione (2). 3° Il più prossimo escludeva sempre il più remoto, talchè il diritto di rappresentazione non aveva luogo; e se il più prossimo ripudiava (*), il seguente non era ammesso (3) (**), sebene il pretore li chiamò col precitato editto *unde cognati*, e Giustiniano li ammise di pieno diritto (4).

§. 695. Il padre non succedeva al figlio suo, perchè giusta il dritto antico il figlio di famiglia niente aveva di proprio (5). Succedeva all'emancipato non come agnato (6), ma come manomissore di suo figlio in forza del dritto di patronato (7). La madre, perchè non era nel numero degli agnati, non aveva alcun diritto di succedere a' suoi figli, siccome neppur questi succedevano alla madre (8). La legge però occupossi in seguito degl'interessi dell'una e degli altri, prima facendoli chiamare alla successione dal pretore coll'editto *unde cognati*; in seguito col senato consulto Tertulliano, di cui tratteremo nel titolo vengnente; e poi col senatoconsulto Orfitiano del quale faremo parola nel titolo quarto del presente libro (9).

(1) *Dicto* §. 3, *Inst. h. t.*

(2) §. 2, *Inst. h. t.*

(*) O fosse mancato.

(3) §. 5, §. 7, *Inst. h. t.*

(**) Ma l'eredità vacante deferivasi al fisco. Vedete *Ulpian. Fragm. tit. 26. §. 4.*; Paolo, 4, sent. 8, ove si rende ragione di siffatta disposizione di diritto.

(4) *Dicto* §. 7, *Inst. h. t.*

(5) Vedete il §. 472 } di questi Elementi.

(6) Vedete il §. 222 }

(7) §. ult. *Inst. h. t.* Vedete il §. 195 e 234 di questi Elementi.

(8) *Pr. Inst. de SC. Tertull.*

(9) *Dict. pr. Inst. de SC. Tertull.*

TITOLO III.

Del senatoconsulto Tertulliano.

SOMMARIO.

§. 696 Disposizioni del senato consulto Tertulliano. — 697 Casi ne' quali la madre succedeva e con qual diritto: cangiamenti fatti da Giustiniano.

§. 696. Col senatoconsulto Tertulliano (*), che ebbe luogo sotto il governo dell'imperadore. Adriano (**) fu stabilito, che la madre (non già l'ava) fosse ammessa alla successione *ab intestato* de' suoi figli e delle sue figlie legittimi o naturali, qualora essendo ingenua avesse tre figli (***), ed essendo libertina ne avesse quattro, e purchè essendo la stessa in potestà, accettava l'eredità per ordine di colui sotto la cui potestà ritrovavasi (1) (****).

(*) Ossia Tertulliano, così detto da un tal Tertillo ossia Tertullo console, §. 2, *Inst. h. t.*

(**) Si legge in Cujacio che qui col nome di Adriano si debba intendere Antonino Pio, sotto il cui impero, nell'anno 158 dell'Era Cristiana si mentovano consoli Tertullo e Sacerdote: ma una tal congettura è da riprovarsi, siccome dimostrò *Ant. Sculting in Jurisp. vet. antejustin.*

(***) Colle parole *trium liberorum jus habens* che sono del senato-consulto, intender debbesi, o che li abbia per natura o per beneficio del principe: nel primo caso si richiede che li avesse partoriti vivi, *et pleni temporis* al dir di Paolo, *Sent. 4, p. 1*, cioè *maturiores*, come spiega lo stesso giureconsulto, e propriamente quelli nati *septimo pleno, aut decimo mense*; che anzi, quelli nati nel principio del settimo mese debbonsi dire anche maturi, perchè dice lo stesso Paolo, *loc. cit. §. 5*, cui corrisponde il testo di Ulpiano nella *Leg. 3, §. ult. ff. de suis et legitimis her.*, che questi giovassero alla madre: e tutto ciò in forza dell'autorità d'Ippocrate. V. Cujacio e Fabrot. *h. t. I tergemini* ancora giovavano alla madre purchè li avesse partoriti per intervallo, nel qual caso sembrava di averli in tre volte partoriti, *Leg. ter. enixa 135 de verb. sign.*, ma non giovavan quelli nati *contra formam humani generis*, e nemmeno *abortus vel abactus venter*, al dir dello stesso Paolo §. 3 e 6.

(1) §. 2, §. 7, *Inst. h. t.*; *Leg. 2, pr. §. 1, et seq. ff. h. t.*; *Ulp. Fragm. tit. 26*; Paolo, *Sent. recept. lib. 4, tit. 9*.

(****) Sembrò cosa opposta all'equità che la madre non potesse

§. 697. Quindi la madre succedeva 1° non sempre, ma col diritto che le accordava il numero de' figli; 2° non a tutti i suoi figli, ma a quelli che morivano *ab intestato*; e che non lasciavano figli, imperocchè questi erano preferiti alla madre (1); e 4° nè anche in questi casi erano sempre ammesse, ma sol quando non vi fossero stati parenti più prossimi; dappoichè preferivansi alla madre anche i nipoti (figli del figlio o della figlia), il padre e i fratelli germani e consanguinei. Rispetto alle sorelle, non eran queste preferite nella totalità, ma venivano ammesse in concorrenza colla madre e co' fratelli consanguinei (2). Giustiniano cangiò sifatto diritto, e volle che la madre, quando anche non avesse avuto altri figli che il solo defunto, fosse ammessa co' fratelli e sorelle del defunto medesimo, cioè co' fratelli nella porzione virile, e colle sorelle nella metà (3).

TITOLO IV.

Del Senato-consulto Orfitiano.

SOMMARIO.

§. 698 Diritto de' figli sulla successione delle madri. ~ 699. Disposizione del senato-consulto Orfitiano. — 700 Diritto de' nipoti per le costituzioni de' principi.

§. 698. Or siccome le madri succedevano in tal modo ai figli, così sembrò giusto che i figli succedessero alla madre; poichè per regola generale i diritti di successione sono reciproci (4).

succedere al figlio nè il figlio alla madre. Il pretore fu il primo che li chiamò alla reciproca successione coll' editto *unde cognati* (pr. *Inst. h. t.*). Di poi l'imperador Claudio *matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem*, al dir di Giustiniano. E quì si avverta che quell' *amissorum* non intendesi soltanto per quelli morti in *acie*, ma anche per quelli morti in qualunque luogo e per qualsivoglia cagione.

(1) §. 3, *Inst. h. t.* (2) *Dicto* §. 3, *Inst. h. t.*

(3) §. 4, et 5, *Inst. h. t.* (4) *Leg. 11, Cod. de legit. heredit.*

§. 699. Tale fu la disposizione del *senato-consulto Orfitiano* nell' anno di Roma 931, sotto il consolato di Vezio Giuliano Rufo e di Cornelio Scipione Orfito (1): con questo *senato-consulto* il *senato* stabilì che la successione legittima della madre, sia ingenua, sia libertina, fosse deferita *ab intestato* a' suoi figli legittimi e naturali, quando anche fossero soggetti all' altrui potestà (2): siffatto diritto neppur colla diminuzione di capo venivasi a estinguere (3).

§. 700. Per le costituzioni de' principi un tal dritto fu altresì concesso ai nipoti di entrambi i sessi (4).

TITOLO V.

Della successione de' cognati.

SOMMARIO.

§. 701 Successione de' gentili in mancanza degli agnati. — 702 L' editto *unde cognati* sostituisce questi al luogo de' gentili.

§. 701. In mancanza degli agnati la legge decemvirale chiamava non i cognati (*), ma i gentili, cioè i *parenti dello stesso nome*. Questa legge aveva prescritto: *se non ci sarà agnato, abbiamo i gentili l'eredità* (5). Quali fossero i gentili già il dicemmo nella nota al §. 220 del Primo Libro.

§. 702. Ma il pretore col suo editto *unde cognati* chiamò anche questi alla successione in mancanza degli agnati. I cognati per tanto erano que' parenti che

(1) Enrico Norisio, in *epist. consul.* p. 462, edit. Graev.

(2) *Pr. et* §. 4, *Inst. h. t.*; *Leg.* 1, *pr.* §. 1, *seg.* *Leg.* 6, §. 1, *ff. de SC. Tertull.*

(3) §. 2, *Inst. h. t.*

(4) §. 1, *Inst. h. t.*

(*) E sebbene presso Paolo *Recept. Sent.* 4, leggasi: *ceterum lex XII Tabularum nulla discretionem sexus cognatos admittit*, nondimeno questo luogo debbesi dire scorretto, come osservano Giacomo Gotofredo ad *Leg. XII. Tab. V.*, e Rittersuzio *h. t.* e convien che si legga *agnatos* in luogo di *cognatos*.

(5) *Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento*; *Ulpiano*, *Fragm.* 26, 1; *Cicerone*, *de Orat. lib.* 1, *cap.* 38.

si trovavan congiunti per parte femminile, gli agnati che avean subito la minima diminuzion di capo, e i parenti puramente naturali, e ciò fino al settimo grado inclusivamente (1) (*).

TITOLO VI.

De' gradi di parentela.

§. 703. E poichè questo possesso di beni si dava fino a un certo grado (2), Giustiniano tratta qui della computazione de' gradi della cognazione o parentela. Però questa dottrina che ha le sue regole fisse fu già da noi spiegata nel §. 153 e seguenti del Libro Primo allorchè parlammo delle nozze (a).

(1) *Pr. et §. seq. Inst. h. t.*

(*) A differenza degli agnati, i quali venivano ammessi non solo fino al decimo grado, ma anche all'infinito. Vedete *Duareno ad tit. unde cognat.* Intanto Triboniano §. 5. *h. t.* dice che gli agnati vengono ammessi *etsi decimo gradu sint.* Ma ciò non debbesi intendere come se Triboniano avesse definito il decimo grado nella successione degli agnati, ma piuttosto che abbia egli espresso un tal grado come un esempio; tanto vero che nel §. 3, *de leg. adgnat. success.* e nel §. ult. *de grad. cognat.* dice, ammettersi gli agnati *etiamsi longissimo gradu sint.* Corrisponde *Ulpiano* nella *Leg. 2, pr. et §. 1, de suis et legit.* Ma tutto ciò fu anche da Giustiniano cangiato. Imperocchè colla Novella 118, cap. 3, essendosi confuso il diritto dell'agnazione con quello della cognazione, non fuvvi più d'uopo del beneficio del menzionato editto del pretore *unde cognati*, e i cognati egualmente che gli agnati vennero ammessi in infinito. Sebbene nel foro fu ricevuta l'opinione de'prammatici, cioè che dopo il diritto novissimo non dovevasi estendere la successione degli agnati e cognati oltre il decimo grado; ed in mancanza de' congiunti di tal grado, i beni passavano al fisco. Vedete *Vinnio, h. t.*

(2) Come si è veduto nel §. antecedente. Vedete pure la nota del detto paragrafo.

(a) Qui si fa d'uopo osservar soltanto, che nelle successioni non si tenga conto del diritto canonico sulla linea eguale o ineguale. Vedete questa eccezione in *Felm. de feud. cap. 8, § 1.*

TITOLO VII.

Della parentela de' servi.

SOMMARIO.

§. 704 Successione al servo o alla serva parente. -- 705 Costituzione di Giustiniano a questo proposito.

§. 704 Sebbene la parentela de' servi fosse stata d'impedimento al matrimonio (1), non facevasene però alcun conto nelle successioni, ancorchè il parente o la parente di condizione servile fosse stato manomesso (2). Quindi per esempio, se si fosse manomessa la serva co' suoi figli, non poteva la madre a questi succedere per lo senato-consulto Tertulliano, nè veniva chiamata al possesso de' beni coll' editto del pretore *unde cognati* (*).

§. 705. Ma Giustiniano, con una costituzione che oggi non più esiste (a), volle che dopo la manumissione i genitori succedessero a' loro figli e reciprocamente i figli a' genitori, e che fossero preferiti anche ai patroni, a somiglianza della successione ammessa tra i figli legittimi (3).

(1) Vedete il §. 152 di questi Elementi.

(2) *Pr. Inst. h. t.*; *Leg. ult. §. 5, ff. de grad. et adfin.*

(*) Si noti pure che nè anche i figli potevano succedere alla madre.

(a) Cujacio ristabilì in parte sì fatta costituzione, che ricavò da' vecchi manoscritti (*ex vetustis membranis*), e da' libri Basilici. *Obser. lib. 20, cap. 34.*

(3) *Princ. Inst. h. t.*

TITOLO VIII.

Della successione de' liberti.

S O M M A R I O.

§. 706 Successione del patrono al liberto - 707 Disposizione della legge delle XII Tavole a questo proposito - 708 Altre persone che succedevano al liberto - 709 Disposizioni del pretore sulla successione di cui si tratta - 710 Disposizione della legge Papia Poppea - 711 Costituzione di Giustiniano.

§. 706. Poichè il patrono riputavasi qual padre e qual prossimo agnato del liberto (1), doveva perciò succedere al liberto istesso (2).

§. 707. Su questo punto la Legge decemvirale aveva stabilito: *Se un liberto muoja ab intestato senza erede necessario, ma abbia il patrono o i figli del patrono, il patrimonio di quella famiglia passi al più prossimo di quest' altra famiglia* (3).

§. 708. Al liberto succedeva dunque 1° il patrono; ed essendo costui morto succedevano 2° i figli superstiti, senza che qui si desse luogo a rappresentazione (4), ma 3° *ab intestato* (laonde il patrono poteva esser legittimamente escluso col testamento del liberto); e 4° nel caso in cui il liberto non avesse lasciato eredi necessarii (5).

§. 709. Però il pretore dava al patrono escluso con testamento il possesso de' beni contra le disposizioni testamentarie (*contra tabulas*), sino alla metà dell'eredità, purchè il liberto non avesse lasciato figli naturali (6). Se esistessero figli adottivi, e il liberto

(1) Vedete il §. 112 di questi Elementi.

(2) Vedete il §. 112, 4° di questi Elementi.

(3) *Si libertus intestato moritur, cui suus heres nec escit, est patronus patronive liberi escint. ex ea familia in eam familiam proximo pecunia ditor*, Ulpiano, *Fragm. tit. 27*, §. 1, et *tit. 29*, §. 1.

(4) Ulpiano, *ibid.*; Paolo, *Sent. recept.*, lib. 3, tit. 2, §. 1, *Leg. 23*, §. 1, ff. *de bon. libert.*

(5) §. 1, *Inst. h. t.*, Ulpiano, *tit. 29*, §. 1.

(6) §. 1, *Inst. h. t.* Ulpiano, *ibid.* §. 1, 3.

fosse morto *ab intestato*, il pretore gli accordava il possesso della metà de' beni della successione (1).

§. 710 Colla legge Papia Poppea fu in seguito stabilito, che se il liberto o con testamento o *ab intestato* lasciasse centomila sesterzii, e avesse meno di tre figli, sarebbe tenuto verso il patrono alla porzion virile, come legittima (2).

§. 711. Finalmente Giustiniano colla sua costituzione stabilì: 1.^o che se il liberto non fosse centenario (a), potesse col suo testamento escludere il suo patrono; se poi morisse *ab intestato* e senza figli, dovesse succedere il patrono come erede legittimo; 2.^o che se avesse più del centenario, fossero i suoi figli preferiti al patrono; se poi avendo più del centenario morisse senza figli, gli eredi *ab intestato* fossero i patroni: ma se venisser questi esclusi col testamento, avessero il possesso della terza parte dei beni; e qualora si lasciasse loro meno di tal quantità ne avessero il supplimento in virtù della costituzione (3).

TITOLO IX.

Dell' assegnazione de' liberti.

SOMMARIO.

§. 712 Disposizione del senato-consulto Claudiano -- 713 Corollarii.

§. 712. Sebbene i figli di prossimo grado de' patroni succedevano egualmente che i patroni ai liberti morti *ab intestato* (4), eravi però la seguente eccezione: purchè il patrono non avesse con testamento

(1) *Dict.* §. 1, *Inst. h. t.* (2) §. 2, *Inst. h. t.*

(a) Centenario secondo Giustiniano è colui il cui patrimonio ascende a cento aurei (ogni aureo valea cento sesterzii). E perciò, come a' tempi di Augusto reputavasi ricco quel liberto che avesse lasciato centomila sesterzii cioè mille aurei, così a' tempi di Giustiniano stimavasi ricco colui che avesse avuto nel suo patrimonio cento aurei, *Dict.* §. 3, *Inst. h. t.*

(3) §. 3, *Inst. h. t.* (4) Vedete il §. 707 di questi Elementi.

o senza, assegnato il liberto (*) a uno de' suoi figli di qualunque sesso o grado (1) (a), acciò solo costui fosse il patrono: il che gli si permetteva in forza del senato-consulto che ebbe luogo sotto il consolato di Vellejo Rufo e Ostorio Scapula (2) (**).

§. 713. Siccome dunque colui in favor del quale era stata fatta l'assegnazion del liberto riguardavasi come patrono (3), ne risulta 1° che succedeva egli solo ad esclusione de' suoi fratelli, e morto lui succedevano i suoi figli; 3° che gli altri suoi fratelli non avevano alcun diritto sui beni del liberto, tranne se morisse senza figli colui al quale il liberto era assegnato (4).

(*) *Adsignare libertum, hoc est testificari, cujus ex liberis libertum eum esse voluit*, disse Modestino nella *Leg. 107, ff. de verb. sign.*

(1) §. 2, *Inst. h. t.*

(a) Poteva assegnarlo agli emancipati? Modestino l'afferma *lib. 9, ff. h. t.* ma Giustiniano al contrario dice che l'assegnazione resti distrutta se il figlio a cui l'assegnazione del liberto fosse fatta venisse emancipato, §. 2, *Inst. h. t.* Sembra però che questi due luoghi possano conciliarsi: il padre può assegnarlo al figlio emancipato, ma se lo avesse assegnato ad un figlio suo e poi lo emancipasse fa sembianza di aver cangiato di volontà, *Merillo, Obs. lib. 7, cap. 13.*

(2) *Pr. Inst. h. t.*

(**) Cioè del senato-consulto Claudiano. *Triboniano* nel §. 3. *Inst. h. t.* dice che tale senato-consulto si fosse fatto *claudianis temporibus Sabellio Rufo et Asterio Scapula coss.* Ma ne' di costoro nomi si è sovente preso equivoco. *ULPIANO*, *TEOFILO*, *PLINIO* li denominano diversamente. *Vedete ANT. AGOSTIN. Emend. 3, 7, e BYNKERSHOEK, Obs. 3, 7.*

(3) Come si è veduto nel paragrafo antecedente.

(4) *Pr. Inst. h. t.*

TITOLO X.

Del possesso de' beni.

S O M M A R I O.

§. 714 Ragion dell'ordine -- 715 In che consiste il possesso de' beni -- 716 Due specie di questo possesso -- 717 Quando si dà il possesso *edittale* -- 718 Quando si dà il possesso straordinario -- 719 Possesso de' beni *secondo il testamento* -- 720 E contra le disposizioni testamentarie -- 721 Principali gradi di possesso -- 722 Successioni in forza dell'editto *unde liberi* -- 723 E in forza dell'editto *unde legitimi* -- 724 E coll'altro *unde cognati* -- 725 E finalmente coll'editto *unde vir et uxor* -- 726 Tempo in cui i figli e gli ascendenti potevano far dimanda.

§. 714. Tutte le successioni universali di cui si è finora trattato derivano dal diritto civile. Segue ora la successione pretoria qual secondo modo di acquistare a titolo universale (1). Imperocchè, siccome il pretore sotto pretesto di equità avea fatto parecchi cangiamenti, destramente introdusse al suo solito una nuova denominazione (2), dichiarando col suo editto che accordava non l'eredità ma il possesso de' beni, e ciò per non far sembianza di rovesciar le leggi delle successioni.

§. 715. Siccome il *possesso dei beni* altro non è se non il *diritto di riscuotere e ritenere il patrimonio che non dovuto per diritto civile si accorda per lo beneficio del pretore* (3), così i Greci brevemente e con esattezza definiscono il possesso de' beni essere la *successione pretoria* *πρετωρικὴ διαδοχή*.

§. 716. Il possesso de' beni o è *edittale*, ed è quello che vien concesso a certe date persone in virtù dell'editto, e senza cognizion di causa (4); o è *decretale*, ed è quello che viene straordinariamente concesso con decreto del pretore, e con cognizione di causa nel tribunale (5) (a).

(1) Vedete il §. 436, 2° di questi Elementi.

(2) Vedete il §. 65 di questi Elementi.

(3) *Leg. 3, §. 2, ff. h. t.*

(4) *Leg. 30, §. 1, ff. de acquir. hered.*

(5) *Leg. 2, §. 2, ff. quis ord. in bon. poss. serv.*

(a) Così in forza dell'editto Carboniano si accordava sotto cau-

§. 717. L'edittale si deferisce o per editto del pretore, o per legge, o per senato-consulto, o per le costituzioni de' principi. La prima specie dicesi *ordinaria*, la seconda *straordinaria* (1).

§. 718. L'ordinaria, ad esempio della successione civile (2), si dà o con testamento o *ab intestato* (3). Nel primo caso è o *secondo le disposizioni testamentarie* o *contro di esse* (secundum, vel contra tabulas).

§. 719. Il pretore dava il possesso de' beni *secondo le disposizioni testamentarie*, 1° qualora fosse esistito un testamento firmato almeno da sette testimoni (4); 2° agli eredi in esso istituiti (5), e non già a quelli istituiti con testamenti nuncupativi, a' quali in seguito si provvede in altro modo (6).

§. 720. Il possesso *contra le disposizioni testamentarie* davasi principalmentè a' figli naturali e adottivi emancipati, non istituiti nè diredati dal padre, ma nel costui testamento preteriti (7).

§. 721. I principali gradi di possesso dei beni *ab intestato* erano quattro (a): 1° per l'editto *unde liberi*; 2° per l'editto *unde legitimi*; 3° per l'editto *unde cognati*; 4° per l'editto *unde vir et uxor* (8).

zione il possesso de' beni a quell'impubere cui disputavasi la qualità di figlio del defunto, e nel tempo istesso il giudizio si differiva fino alla pubertà, Leg. 1, pr. Leg. 3, ff. de Carb. edict.

(1) §. 3, et 4, Inst. h. t. (2) Vedete il §. 404.

(3) Leg. 6, §. 1, ff. h. t.

(4) Leg. 7, Leg. 9, ff. de bon. possèss. secundum tabulas. Vedete il §. 489 di questi Elementi.

(5) Leg. 2, pr. §. 4, ff. eod. §. 1, Inst. h. t.

(6) Leg. 8, §. ult. ff. Leg. 2, Cod. de bon. possèss. contra tabulas.

(7) §. 3, Inst. de exhered. lib., Leg. 2, §. 6, Leg. 3, §. 10, ff. de bon. possèss. contra tabulas. Vedete il §. 524.

(a) Anticamente ve n'erano in maggior numero, come l'editto *unde decem personae*, l'editto *tum qui ex familia*; l'editto *unde patroni patronaeque liberi et parentes eorum*, l'editto *unde cognati manumissionis*. Giustiniano però abolì siffatti possessi di beni, dict. §. 4. Inst. h. t.

(8) §. 3, Inst. h. t.

Ein. T. II.

§. 722. Dunque col primo editto, cioè quello *unde liberi*, il pretore chiamava, una co' figli *suoi*, gli emancipati che in forza delle leggi civili non avevano alcun diritto di succedere (1) (*).

§. 723. Coll' editto *unde legitimi* erano chiamati tutti gli agnati, che in virtù delle leggi potevano essere eredi, e che dimandavano questo possesso di beni (2)(**).

§. 724. Coll' editto *unde cognati* erano ammessi i parenti del lato femminile, se erano i più prossimi, i quali per diritto civile non avevano alcun diritto di succedere (3). E qui facevasi luogo all' *editto successorio*. Allorchè uno de' figli non dimandava il possesso de' beni nel tempo prescritto dalla legge, la costui porzione accrescevasi agli altri. Allorchè i figli e gli ascendenti non dimandavano il possesso de' beni, i più prossimi agnati venivano ammessi collo stesso diritto di accrescimento. Allorchè neppur questi dimandavano, ammettevansi i più lontani agnati, e in mancanza degli agnati si ammettevano i cognati, e così gli altri (4).

§. 725. In mancanza de' cognati (***) il pretore col-

(1) *Leg. 1, §. 7, 9, Leg. 2, Leg. 4, ff. unde liberi.*

(*) È da osservarsi che sebbene lo scopo della successione pretoria fosse stato principalmente quello di emendare il diritto civile con ammettere le persone che dal rigore di quello venivano escluse, pure il pretore col suo editto chiamò altresì quelli che dal diritto civile venivano ammessi: *ne quod iis concesserat, quos solus ipse vocat, denegasse illis videretur, quos vocat potentior, inque eo juris civilis se adiutorem praebuilt*, al dir di VINNIO *h. t. num. 2.*

(2) §. 1, 2, *Inst. h. t.*; *Leg. 5, §. 1, Leg. 1. Leg. 4, ff. unde legitimi.*

(**) Cioè *quem defuncto heredem esse oporteret si mortuus esset*, che sono le genuine parole dell' editto serbaleci da GIUSTINIANO nella *Leg. 1, et 4, ff. unde legitimi*. Onde questa specie di possesso de' beni dalle parole iniziali dicesi *tum quem heredem Leg. 1, ff. ut ex legib.*

(3) *Leg. 1, pr. §. 3, Leg. 2, ff. unde cognati*, Vedete il §. 701 di questi Elementi.

(4) *Leg. 1, §. 11, ff. de succ. edict.*

(***) È in preferenza del fisco.

l'editto *unde vir et uxor* chiamava il marito e la moglie, purchè al tempo della morte fossero stati uniti in matrimonio (1) (*).

§. 726. Il tempo durante il quale i figli e gli ascendenti potevano dimandare era l'anno *utile* (a), e per gli altri, *cento giorni utili* (2).

TITOLO XI.

Dell'acquisto per arrogazione.

SOMMARIO.

§. 727 Concatenazione delle materie -- 728 Primo effetto dell'arrogazione sul padre di famiglia -- 729 Secondo effetto -- 730 Terzo effetto -- 731 Innovazione di questo diritto di acquistare -- 732 Altre innovazioni arretrate da Giustiniano al diritto in esame.

§. 727. Si è trattato finora di due modi di acquistare a titolo universale, cioè dell'*eredità* e del *possessione de' beni*: segue il terzo modo cioè quello per *arrogazione* (3) (**).

(3) §. 3, *Inst. h. t.*; *Leg. un. pr. et §. 1, ff. Leg. un. C. unde vir et uxor.*

(*) Sebbene anticamente non ci fosse stato bisogno del beneficio del pretore allorchè la moglie *conveniebat in manum viri*, ed era nel numero degli eredi *sui*. (Vedete la nota dell'Autore nel §. 146): in seguito però, quando la convenzione in *manum* fu abolita, il beneficio del pretore divenne necessario.

(a) Tra gli anni e i mesi la legge solea distinguere i *continui* e gli *utili*. Il tempo continuo correva senza interruzione, o che i giorni eran fasti o pur nefasti, *Leg. 7, ff. quemadmod. serv. amitt.* Il tempo utile era quando si contavano i soli giorni ne' quali il giudice esercitava le sue funzioni col render la giustizia, ne' quali poteasi intentare un'azione, e fare atti giudiziarii, *Leg. 2, ff. de diver. et temp. praescript.* Sicchè dall'anno utile si prelevavano non solamente i giorni nefasti, ma anche quelli durante i quali per ignoranza della cosa non si poteva agire, *Leg. 2, pr. ff. quis ordo in possess. serv.*

(2) §. 4, et 6, *Inst. h. t.*; *Leg. 1, §. 9, ff. de succ. edict.*

(3) Vedete il §. 436, 3° di questi Elementi.

(**) Introdotto non dalle leggi decemvirali, nè dall'editto del pretore, ma da quel diritto *quod consensu receptum est*, cioè dall'autorità de' prudenti, come avverte Cujacio in questo luogo.

§. 728. Coll'arrogazione il padre di famiglia passava nell'altrui patria potestà (1): e siccome per diritto antico il padre acquistava indistintamente mercè il figlio (2), ne seguiva che l'arrogatore acquistava di pieno diritto tutte le cose corporali e incorporali dovute a suo figlio (3).

§. 729. E siccome l'arrogazione era un cangiamento di stato (4), ne risulta 2° che i diritti che si perdevano colla diminuzion di capo non si acquistavano dall'arrogatore: tali erano le obbligazioni de' servigii officiosi dovuti al patrono (5); il diritto dell'agnazione (6); che anzi anticamente l'uso e l'usufrutto, che fu poi da Giustiniano abolito (7).

§. 730. Ma perchè le obbligazioni non passano da una persona ad un'altra (8), ne risulta 3° che l'arrogatore non poteva esser direttamente astretto per lo debito del suo figlio arrogato (9).

§. 731. Però la facoltà di acquistare mercè i figli fu col nuovo diritto cangiata.

§. 732. Ma Giustiniano innovò in parecchi punti l'antico diritto di acquistare mercè i figli (10), e ordinò con molta avvedutezza, 1° che l'arrogatore, vivente il suo figlio arrogato, avesse il semplice usufrutto de' beni avventizii (11) (*); che potesse esser

(1) Vedete il §. 179. } di questi Elementi.

(2) Vedete il §. 472, 1° } di questi Elementi.

(3) §. 1; *Inst. h. t.*

(4) Vedete il §. 228, 1° }

(5) Vedete il §. 112, 6° } di questi Elementi.

(6) Vedete il §. 222. }

(7) §. 1, *Inst. h. t. Leg. 16, §. 2, Cod. de usufr.* Vedete il §. 412, 2° di questi Elementi, colla nota che vi corrisponde.

(8) Vedete il §. 332 di questi Elementi.

(9) §. ult. *Inst. h. t.*

(10) Vedete il §. 473 } di questi Elementi.

(11) Vedete il §. 480 }

(*) Morendo però questi nella famiglia adottiva acquistasse ancora la proprietà de' beni, purchè non fossero superstiti altre persone le quali dovessero al padre preferirsi, come sarebbero i figli e i fratelli. *Ex nostra constituzione*, dice qui Triboniano, che Cujacio verisimilmente congettura essere la *leg. ult. C. de com. succes.*

astretto da' creditori del figlio e in nome di costui ; talchè se non voleva il padre difenderlo contro tale domanda , potevano i creditori immettersi nel possesso de' beni di cui il padre avesse avuto l' usufrutto.

TITOLO XII.

Di colui al quale si aggiudicano i beni per causa di libertà.

SOMMARIO.

§. 733 L'aggiudicazione de' beni , quarto modo universale di acquistare --
 §. 734 Manumissione de' servi per debiti del testatore -- §. 735 Aggiudicazione condizionata dell' universalità de' beni permessa da Marco Aurelio onde assicurare le libertà.

§. 733 Il quarto modo universale di acquistare è l'aggiudicazione dei beni per conservare le libertà, (*addictio bonorum libertatum servandarum causa*), che discende da un rescritto dell' imperator Marco Aurelio (1).

§. 734 Allorchè un testatore illaqueato di debiti manomettava con testamento taluni servi , e niuno voleva in virtù del testamento essere erede, bisognava necessariamente che a rigor di diritto le libertà fossero caduche e i beni venduti (2).

§. 735. L' imperator Marco Aurelio però, onde assicurare le libertà, permise che l' universalità dei beni (*) fosse aggiudicata o ai servi manomessi, o a uno di essi, o a un estraneo , purchè si desse cauzione di pagare ai creditori la totalità de' loro crediti , e di dare la libertà ai servi , giusta la disposizione del testamento (3) (**).

(1) §. 1, *Inst. h. t.*

(2) *Leg. 2, Cod. de testam. manum.*; *Leg. 1, Cod. de fideic. libert.*

(*) I quali con ignominia del defunto avrebbero dovuto venderli.

(3) §. 1, *Inst. h. t.*; *Leg. ult. Cod. de testam. manum.*

(**) Anzi venne determinato dallo stesso imperatore , che anche al fisco i beni si fossero aggiudicati colla medesima condizione ,

TITOLO XIII.

Delle successioni abrogate, le quali aveanno luogo colla vendita de' beni, e in virtù del Senato-Consulto Claudiano.

SOMMARIO.

§. 736 Vendita de' beni, quinto modo di acquistare -- 737 Modo di farsi una tal vendita: uso odierno -- 738 Il senato consulto Claudiano, ultimo modo di acquistare a titolo universale -- 739 Diritto de' patroni di acquistare i beni della donna -- 740 Abolizione fatta da Giustiniano di questo diritto -- 741 Concatenazione delle materie fin qui trattate con quelle che seguono.

§. 736. Il quinto modo di acquistare a titolo universale era la *sezione* o sia *vendita dei beni*. Imperocchè la voce latina *secare* presso gli antichi era lo stesso che vendere all'incanto: *sectio* dinotava la vendita al maggior oblatore (1).

§. 737. Se taluno trovavasi nella impossibilità di pagare i debiti di cui era gravato, i creditori s'immettevano nel possesso dei suoi beni: quindi il pretore stabiliva un *sindaco*, affinchè questi procedesse alla vendita dei beni, e li facesse aggiudicare nella totalità al compratore, il quale come successore a titolo universale era tenuto a pagar tutti i debiti, o a far sì che venisse co' creditori a una transazione (2). Ma al presente i creditori dispongono a lor talento de' beni sequestrati, e il compratore non è più considerato come acquirente a titolo universale (3).

cioè di dover rimaner salva la libertà a coloro che l'avessero conseguita colla adizione della eredità: tutto ciò ebbe per fondamento il favore della libertà; poichè, come dicemmo altrove, era stato dogma degli Stoici che la schiavitù fosse contraria alla natura, mentre tutti gli uomini nascono liberi. A sì fatte disposizioni Giustiniano parecchie altre ne aggiunse, come potrà leggersi nella *Leg. ult. Cod. de testam. man.* e presso i comentatori.

(1) *Bynkershoek, Observ. lib. 1, Cap. 1.*

(2) *Teofilo, pr. Inst. h. t.; Antiquitates nostrae Romanae, lib. 2, tit. 18, 19, §. 11.*

(3) *Pr. Inst. h. t.*

§. 738. L'ultimo modo di acquistare a titolo universale era in virtù del Senato-consulto Claudiano, la cui storia leggesi in Tacito (1). Con siffatto senato-consulto era stato prescritto, che se una donna libera si fosse abbandonata al furore della sua passione con un servo, e dopo essere stata avvertita tre volte avesse continuato in quel contubernio, sarebbe dal pretore dichiarata serva del padrone di quel servo con cui erasi prostituita (2).

§. 739. Non avendo i servi alcuna proprietà, e acquistando tutto pe' loro padroni (3), questi acquistavano a titolo universale i beni della donna ridotta in tal modo in servitù (4).

§. 740. Giustiniano però abolì questo modo di acquistare, come indegno de' costumi de' suoi tempi (5).

§. 741. Tal'era la successione antica sì civile che pretoria: tali erano i modi di acquistare a titolo universale. Passando a più importanti spiegazioni, tratteremo più diffusamente della nuova successione *ab intestato* introdotta e sanzionata da Giustiniano colla Novella CXVIII.

DELLA

SUCCESSIONE AB INTESTATO

secondo

LA NOVELLA CXVIII.

SOMMARIO.

§. 742 Fondamento del nuovo sistema di successione introdotto da Giustiniano — 743 Ordine di succedere — 744 Innovazione introdotta dalla Novella sulle antiche distinzioni di figli suoi emancipati, agnati o cognati.

§. 742. Giustiniano immaginò senza dubbio un sistema tutto nuovo nelle successioni *ab intestato*, di

(1) Lib. 12, *Annal. cap.* 53.

(2) Paolo, *Recept. Sent. lib.* 2, tit. 21.

(3) Vedete il §. 470 di questi Elementi.

(4) §. 1, *Inst. h. t.*

(5) *Leg. un. Cod. de SC. Claud. toll. diet.* §. 1, *Inst. h. t.*

far cioè succedere colui che sembrasse aver il defunto più di tutti amato; il che piacque e fu adottato da parecchie nazioni (1).

§. 743. Avendo i filosofi ragionevolmente osservato che il generante ha più affezione pel generato, di quel che il generato abbia pel generante (2), sembrava risultarne che la successione dovesse *discendere*; che se non potesse discendere, dovesse *ascendere*; e non potendo nè salire nè discendere, dovesse *divergere ne' lati* (3). In mancanza si ammettevano alla successione i *consorti*, e dopo tutti il *fisco* in sussidio. Imperocchè ne' tempi più antichi era stato stabilito come giusto principio, che *essendo il popolo il padre comune, dovesse perciò succedere ai beni vacanti* (4).

§. 744. Laonde con siffatta Novella vedesi totalmente distrutta la differenza tra i figli *suoi* e gli *emancipati*, tra gli *agnati* e i *cognati*, come può rilevarsi dal cap. 1 e 4 della medesima.

I.

Della successione de' discendenti.

S O M M A R I O.

§. 745 Che s'intende per discendenti -- 746 Regola a serbarsi per la successione de' figli *legittimi* -- 747 Modo di succedere de' medesimi: successione *in capita*: successione *in stirpes* -- 748 Regola per la successione di que' figli che nascono da diverso matrimonio -- 749 Regola per la successione de' *legittimati* per susseguente matrimonio e per quelli che lo sono per rescritto del principe -- 750 Diritto de' figli *adottivi* e regola per la successione de' medesimi -- 751 I figli *adottivi* succedono alla sola madre: eccezioni a questa regola.

§. 745. I primi dunque a succedere sono i discendenti (a), o che nascano da legittime nozze o sieno

(1) Come osserva *Grozio de juro belli et pacis. lib. 2, cap. 7, §. 3.* (2) *Aris. Ethic. ad Nicom. lib. 8, cap. 12.*

(3) *Nov. 118, praefat.*

(4) *Tacito, Annal. l. 3, cap. 24.*

(a) Dicemmo pria di tutto che in diritto romano si chiamavano discendenti coloro i quali o per natura o per legge civile sono uo-

legittimati o adottivi o puramente naturali (a).

§. 746. Tutti i figli legittimi sì maschi che femine, *suoi* o emancipati (1) (b) sono dalla legge chiamati a succedere agli ascendenti (c), in qualunque grado, purchè niuno li preceda (2).

§. 747. Quantunque succedano in qualunque grado si trovano (3), questo grado però stabilisce una differenza per le porzioni: imperocchè i figli del primo grado succedono per *capi*, e quelli di grado ulteriore

stri figli o posterì: qui per discendenti intendiamo e gli uni e gli altri. Sicchè convien distintamente trattare 1° della successione dei legittimi, 2° de' legittimati, 3° degli adottivi e 4° degl' illegittimi (*Recitaz.*).

(a) Tranne i consorti bisognosi i quali venivano col fisco ammessi in concorrenza. *Vedete il §. 774 di questi Elementi.*

(1) Rivedete il §. 743 di questi Elementi.

(b) Dunque con tal disposizione rimase abolita la legge delle XII Tavole di cui parlammo nel §. 691 e seguenti; e gli emancipati non ebbero più bisogno del possesso de' beni o contra il testamento (§. 720) o in forza dell' editto pretorio *unde liberi* (§. 722).

(c) Qui non ci è differenza tra i gradi, poichè e i nipoti e i pronepoti e tutti gli altri sono ammessi all' eredità, purchè non sieno in concorso con un parente più prossimo. Neppur v' ha differenza fra il sesso; chè sebbene una volta le donne secondo la legge Voconia venivano escluse dall' eredità, come dice G. Perizonio nella dissertazione intorno alla legge Voconia; pure Gellio, *Noct. att. lib. 22, cap. 1*, insegna che quella legge dopo i tempi di Augusto sia caduta insieme coll' opulenza della città. Neppur differenza alcuna ci è tra i figli *suoi* e gli emancipati; poichè, siccome non si ha più riguardo allo stato della famiglia, avviene perciò che vengano ammessi i figli, o che sieno *suoi* o che sieno emancipati, non dipendendo dalla *suità* l' amore che Giustiniano pose per fondamento, ma dall' origine del sangue. In fine neppur tra la successione paterna e la materna evvi differenza alcuna. Un tempo i figli non succedevano alla madre se non in forza del SC. Tertulliano, il quale ammise (§. 696) le madri che avevano il dritto di tre figli. Ma Giustiniano, perchè ebbe riguardo all' amore, il quale non suol essere minore nelle madri che ne' padri, volle altresì che i discendenti succedessero e alla madre e alla famiglia sì materna che paterna (*Recitaz.*).

(2) *Novella 118, cap. 1.* Veggasi la nota precedente.

(3) Come si è veduto nel §. antecedente.

per diritto di rappresentazione (*in stirpes*) (a), sebben sieno i soli superstiti tra i discendenti, e niun figlio del primo grado concorra con essi.

§. 748. Se ci sono figli nati da diversi matrimoni, succedono tutti egualmente al padre comune, ma ciascuno separatamente al proprio, in guisa però che questi abbiano per *antiparte* quel tanto che dal primo matrimonio era pervenuto al genitore comune (1)(b).

§. 749. I legittimati 1° per lo matrimonio successivo (*per subsequens matrimonium*) succedevano con un diritto eguale a quello de' legittimi (2); 2° i legittimati per lo rescritto del principe (*per rescriptum principis*) erano ammessi qualora fossero legittimati a fin di conseguire la successione, ed essendo i soli esistenti, perchè in contrario non godevano veruno ef-

(a) Si notino una volta per sempre questi vocaboli di dritto. Si succede *per capi* (*in capita*) allorchè l'eredità è divisa in parti virili, secondo il numero degli eredi: *per rappresentazione* (*in stirpes*) si succede alloraquando certe persone subentrano nel luogo de' parenti più prossimi al defunto, e perciò tutti prendono insieme la porzione di lui. Il dritto di rappresentazione è una finzione della legge con cui presumesi che gli eredi in grado più remoto subentrino nel luogo dell' ascendente defunto. Quindi avendo Tizio lasciato tre figli, il primo, il secondo, e il terzo, e sei nipoti figli del quarto defunto: tutti e tre, cioè il primo, il secondo, e il terzo succedono *in capita* come figli di primo grado, val dire che ognun di essi prenderà la quarta parte di tutti i beni. I sei nipoti poi rimasti superstiti al quarto figlio, lo rappresentano, e siccome succedono tutti al solo quadrante, così un tal dritto dicesi di rappresentazione (*in stirpes*). Similmente, se non ci fossero che soli nipoti, cioè uno dal primo figlio, sei dal secondo, quattro dal terzo, due dal quarto, succederebbero tutti non *in capita*, ma *in stirpes*, e si dividerebbero l'eredità nel seguente modo, cioè: il nipote figlio del primo figlio prenderebbe solo il primo quadrante, i sei nipoti figli del secondo, un altro quadrante, i quattro nipoti figli del terzo anch' essi un altro quadrante; i due nipoti figli del quarto prenderebbero l'ultimo quadrante.

(1) Leg. 3. §. 1, Cod. de secundis nuptiis, Novella 22, cap. 46.

(b) Perchè in questi beni il padre comune aveva soltanto l'usufrutto, il quale finiva colla morte dell' usufruttuario (§. 422. 1°). Sicchè ritengono siffatta porzione come proprietarii piuttosto che come eredi.

(2) §. 2, Inst. de her. quae ab intest.

fetto di legittimazione (1); se poi esistevano figli legittimi precedentemente nati, e i figli naturali venivano legittimati dal principe, pareva giusto che i legittimi avessero salva una porzione legittima (2).

§. 750. Gli adottivi di qualunque specie succedevano *ab intestato* con egual diritto a quello de' figli legittimi e de' figli naturali (3) (a).

§. 751. Finalmente gli illegittimi (b) 1° succedevano senza distinzione alcuna alla loro madre (c) in concorrenza de' figli legittimi (4), purchè la madre non era illustre, poichè in tal caso il figlio naturale veniva escluso da' legittimi (5); 2° nell' eredità paterna i figli naturali succedevano nella stessa quota che dovevano dividersi con la madre, purchè non fossero esistiti nè figli legittimi, nè la moglie (6); 3° i figli dell' adulterio, o dell' incesto non succedevano, nè venivano riputati degni di ricevere alimenti sui beni della successione, e non di quelli che potevano ottenere con sentenza su i beni del loro padre durante la di costui vita (d).

(1) *Nov. 74, cap. 1, Nov. 89, cap. 9.*

(2) *GAIL. Obs. lib. 2, cap. 142.* Vedete il §. 172, 2°;

(3) §. 14, *Inst. de heredit. quae ab intest.*

§. 2 e *Inst. de adopt. Nov. 74, et 89.*

(b) Siccome i figli adottivi hanno durante la patria potestà il medesimo diritto che i figli naturali, ne viene per conseguenza che succedono puranche con egual diritto. Ma qui fa d'uopo osservare due cose singolari: 1° che gli adottivi succedono al padre e a' di lui parenti, non già alla madre o alla moglie del padre adottivo nè a' parenti di questa: la ragione è, che l'adozione non conferisce la cognazione, ma il solo diritto di agnazione (§. 182); *L. 22. ff. de adopt.*; 2° che in conformità del diritto feudale gli adottivi neppure succedono agli agnati, *II. feud. 26*; poichè siccome i feudi devolvonsi a coloro che chiamati sono o dalla legge o dal dominio diretto pel primo patto feudale espresso ne' titoli d'investitura; non è certamente in arbitrio del vassallo adottare gli estranei in luogo de' figli naturali. (*Recitaz.*)

(a) I quali non avevano padre agli occhi del diritto romano (*Rec.*)

(b) Che è sempre certa (*Rec.*). (4) *Leg. 2, ff. unde cognati.*

(5) Vedete il §. 167 di questi Elementi.

(6) *Nov. 89, cap. 12, §. 4.*

(c) E di questo si occupa la legge 5, *Cod. ad SC. Orphit.*

Della successione degli ascendenti.

SOMMARIO.

§. 752. Quando è che succedono gli ascendenti, -- 753 Prima regola a osservarsi nella successione de' medesimi -- 754 Seconda regola. -- 755 Corollarii risultanti dalle due prime regole -- 756 Terza regola. -- 757 Soluzione affermativa della quistione se i genitori succedano o pur no a' figli legittimati, agli adottivi agl'incestuosi -- 758 Successione a' figli illegittimi.

§. 752. Allorchè non esisteva alcun discendente, l'eredità de' figli morti *ab intestato* devolvevasi agli ascendenti (1) (a).

§. 753. E siccome la definizione del diritto di rappresentazione non può applicarsi agli ascendenti (2), ne risulta 1° che in generale il più prossimo escludeva i più remoti (3); 2.° che intanto ci era luogo alla successione in linee (b).

§. 754. Però non sempre succedevano soli, ma se esistevano fratelli germani, o sorelle germane, o figli di legge abbastanza ridicola, in cui Giustiniano era ragione. *Ordiniamo adunque che essendoci figli legittimi, niente affatto abbiano dell'eredità gli spurii di madri illustri nè per testamento nè ab intestato nè per donazione inter vivos: giudicando noi cosa abbastanza ingiuriosa, aspra e de' nostri tempi indegna attribuir figli spurii a donne ingenuæ e illustri: e questa legge la dedichiamo alla stessa pudicizia, che noi portiamo opinione doversi sempre rispettare.* Quasichè sia degna del privilegio della pudicizia e della castità colei che quantunque d'illustri natali, pure li contaminò colla turpissima licenza dello stupro!; e quasichè lo spurio apportasse alla madre maggiore ingiuria di quella che essa apporta al suo sangue! (*Recitas.*).

(1) Rivedete il §. 742 di questi Elementi.

(a) Antecedentemente dicemmo, che non essendoci posterì l'amore ascenda non avendo dove discendere. Da ciò ne viene per sicura conseguenza che la successione ordinariamente sia reciproca, e che perciò succedano a' figli quegli istessi parenti a' quali succedono i figli (*Rec.*). (2) Vedete il §. 746 colla nota corrispondente.

(3) *Novella 118, cap. 2.*

(b) Si denomina successione *in lineas* quella per la quale la metà dell'eredità è data alla linea paterna, e l'altra metà alla linea materna, VOET, *h. t.* §. 23.

questi erano ammessi insieme (1).

§. 755. Da tali principii risulta: 1° che i genitori superstiti senza verun discendente, dividevano tra loro l'eredità in parti eguali, ed escludevano gli avi e le ave (2); 2° che sopravvivendo un solo tra essi senza verun discendente, prendeva la totalità ed escludeva similmente gli avi (3); 3° che se esistevano ascendenti di un grado più remoto, e concorrevano co' più prossimi, succedevano in linee; e perciò allorchè per esempio rimaneva supersiste l'ava paterna e gli avi materni, in tal caso la prima prendeva l'intera metà, e i secondi prendevano l'altra, senza fare alcuna distinzione di beni (4).

§. 756. Risulta inoltre, 4° che i germani e i figli di germani erano ammessi non solo con gli ascendenti di primo grado, ma con tutti gli altri ascendenti di gradi ulteriori (a), che i germani del pari che gli ascendenti erano ammessi *in capita* (b); e i figli de' germani che concorrevano co' germani venivano ammessi per diritto di rappresentazione; cioè *in stirpes* (5): imperocchè se i soli esistenti erano i figli dei germani, venivano questi esclusi dagli ascendenti (6): sebbene la pratica sia stata differente (7).

§. 757. Lo stesso diritto avea luogo rispetto agli ascendenti dei legittimati. Il padre (*) succedeva agli *arrogati* quando questi trapassavano negli anni della

(1) Nov. 118, cap. 2, v. *si vero*.

(2) Vedete il §. 752 1°) di questo titolo.

(3) Vedete il §. 752 2°)

(4) *Dicta Nov. 18, cap. 2, v. si autem*. Vedete la seconda parte del citato §. 752.

(a) Si fatta controversia fu da UBERO decisa, contra l'opinione di BELVISO e SCOTANO, *Praelect. ad Inst. de succes. ab intest.* §. 10

(b) E questo il caso in cui i figli prendevano di pieno diritto la loro porzione, di sorta che il padre loro non aveva usufrutto su questa parte di peculio avventizio.

(5) Nov. 127, cap. 1.

(6) *Dicta Nov. 127, cap. 1.*

(7) SAND. *Decis lib. 4, tit. 8, de f. 6.*

(*) E non la madre; come si può vedere nel §. 132 di questi Elementi.

pubertà (1). Era lo stesso rispetto agli *adottati con adozione perfetta*, ai quali succedeva il padre adottivo unitamente al padre naturale (2): ciò però non aveva luogo relativamente a coloro che erano stati *adottati con adozione imperfetta*, perchè non eran questi alla potestà dell'adottante soggetti (3).

§. 758. Rispetto ai figli illegittimi, tranne gli adulterini e gl'incestuosi, succedeva la sola madre, perchè i diritti di successione ordinariamente sono reciproci (4) (a).

III.

Della successione de' collaterali.

S O M M A R I O.

§. 758 Quando è che succedono i collaterali. -- 759 Prima, seconda e terza regola a osservarsi circa il succedere de' medesimi. -- 760 Regola quarta. -- 761 Regola quinta. -- 762. Successione de' collaterali legittimati.

§. 758. In mancanza di ascendenti la successione si deferiva ai collaterali (5) (b).

§. 759. I primi a succedere erano i *germani* e i *figli di germani*, perchè dell'istesso sangue e dell'istessa stirpe (6); ed escludevano i congiunti unilaterali e tutti gli altri (7). Sicchè 1° i germani e le

(1) Vedete il §. 181. 4° di questi Elementi.

(2) Nov. 118, cap. 8.

(3) Vedete il §. 186.

(4) Vedete il §. 698.

(a) E quindi per la stessa ragione anche una madre illustre non può essere erede de' figli spurii, perchè questi niente ricevono dalla di lei eredità, *L. 5. C. ad SC. Orphit. V. il §. 750 (Recit.)*.

(5) Vedete il §. 742.

(b) È noto per esperienza che allorquando l'amore non può nè discendere nè ascendere si diverge lateralmente, e perciò in mancanza di ascendenti, prossimi alla successione sono i collaterali. Quantunque però bene spesso l'amore tra gli uomini s'intiepidisca, e secondo il poeta

tra fratelli raro sia pur l'effetto,

pure le leggi nostre prendono in considerazione ciò che suole d'ordinario avvenire. *L. 3, seg. C. de legibus (Recitaz.)*.

(6) Rivedete il §. 742. (7) *Auth. itaque, Cod. com. de succ.*

germane succedevano soli *in capita*; 2.^o concorrendo i germani co' figli degli altri germani, succedevano i primi *in capita*, questi *in stirpes*; 3.^o se i soli esistenti erano i figli de' germani, questi venivano ammessi *in capita* (1).

§. 760. In mancanza di germani per la stessa ragione i fratelli e sorelle unilaterali, e loro figli se concorrevano con figli di fratelli e sorelle uniterali, succedevano *in stirpes*; se soli succedevano *in capita*, senza distinzione di beni paterni, o materni (2); sebbene per uso del foro i consanguinei e loro figli solevano essere preferiti ne' beni paterni, come del pari gli uterini e loro figli solevano preferirsi nei beni materni.

§. 761. In mancanza anche di questi venivano ammessi i più prossimi agnati, o cognati, senza distinzione di sesso: in guisa però, 1.^o che il più prossimo escludeva il più remoto: per esempio il zio paterno escludeva i nipoti; 2.^o che coloro i quali erano dell'istesso grado, venivano ammessi insieme *in capita*, 3.^o che oltre i figli di fratelli, non avevasi altra considerazione al doppio vincolo (3).

§. 762. Dell'istesso modo succedevano i collaterali *legittimati*, ed entrati nella famiglia per effetto dell'adozione perfetta. Questi succedevano agli agnati come consanguinei, e non ai cognati (4) Gli illegittimi rispetto a' loro parenti del lato materno erano eredi legittimi. (5).

IV.

Della successione de' consorti.

S O M M A R I O.

§. 763 Successione de' consorti giusta il sistema antico: nuovo modo di succedere introdotto dal pretore. -- 774 Altre modificazioni introdotte da Giustiniano intorno al succedere de' consorti mendici.

§. 763. In mancanza di qualunque cognazione an-

(1) Nov. 118, cap. 3.

(2) Dict. Nov. 118, cap. 3. (3) Nov. 118, cap. 4.

(4) Leg. 2, §. 3, ff. de suis et legit. Vedete il §. 182, 1.^o di questi Elementi.

(5) §. 31, Inst. ad SC. Orphitian, §. 4, Inst. de sucess. cogn.

ticamente venivano chiamati i consorti superstiti in virtù dell' editto pretorio *unde vir et uxor* (1) (a).

§. 764. Ma per diritto novissimo il consorte bisognoso (b) succede al consorte ricco unitamente ai collaterali, ascendenti e discendenti: e se gli eredi sieno più di tre succedono nella porzion virile; se poi sieno meno di questo numero succedono nella quarta, in guisa che se concorrano coi figli hanno la detta quarta nel solo usufrutto, e in ogni altro caso l'hanno in piena proprietà (2): il che ha luogo quando anche il consorte premorto avesse lasciato un testamento (3).

V.

Della successione del fisco.

S O M M A R I O.

§. 765 Quando è che il fisco viene ammesso a succedere. -- 766 cinque casi ne' quali gli si preferiscono gli estranei.

§. 765. Finalmente se non ci era alcun legittimo successore, il fisco ad esclusione degli affini, de' tutori, e di coloro che avessero nutrito e allevato il

(1) Vedete il §. 725 di questi Elementi.

(a) Benchè anticamente, nel tempo in cui le mogli eran soggette alla potestà maritale (*in manum convenirent*) succedevan esse come eredi *sue* e come figlie di famiglia (§. 146 nota), pure cessata di essere in vigore la menzionata potestà, il diritto civile non accordò più loro alcun diritto sulla successione de' mariti: ecco perchè il pretore dovette venire in loro soccorso col l'editto di cui è parola.

(b) Non solo la moglie, ma altresì il marito, *Nov. 53, cap. 6.* Imperocchè, sebbene da molti si dica essersi a siffatta Novella derogato colla Novella 118, cap. 5 (*Vedete WISSEMBERG, Disp. ad Inst. 30 th. 51*), debbesi non per tanto intendere del caso in cui la moglie fosse stata ingiustamente rifiutata da suo marito, siccome *UBERO* evidentemente il dimostra nelle sue *Prælect. ad Inst. ibid. §. 18.*

(2) *Nov. 117, cap. 5. Auth. Præterea, C. unde vir et uxor.*

(3) *Nov. 53, cap. 6.*

defunto, s'imponeva de' beni vacanti fra lo spazio di quattro anni (1).

§. 766. Pertanto eran preferiti al fisco: 1° i consorti (2); 2° i socii dell'imperiale liberalità (3); 3° la Chiesa ne' beni dei chierici (4) (a); 4° la compagnia ne' beni del militare (5); 5° i collegii e le corporazioni lecite ne' beni dei loro membri (6).

(1) *Leg. 1, pr. ff. de succ. edict.*; *Leg. 1, Leg. 4, ff. de bon. vac.*; *Leg. 1, §. 2, ff. de jure fisici*; *Leg. 2, 4, et 10, Cod. de success. edict.* (2) Vedete il §. 763 di questi Elementi.

(3) *Leg. un. Cod. si liberal. imp. soc. sin. her. dec.*

(4) *Leg. 20, Cod. de episc. et cler.*

(a) Presumendosi che il defunto avea per essa grande attaccamento (*Recitaz.*). (5) *Leg. 2, Cod. de hered. decurion.*

(6) *Leg. 1, Cod. de hered. decurion.*

DIRITTO PATRIO SUI TITOLI I A XIII.

La parola *successione*, secondo il linguaggio comune, e spesso ancora secondo il linguaggio delle leggi, significa la massa o l'universalità de' beni e pesi che una persona lascia morendo. Sovente però, e principalmente nel Titolo I del libro III delle Leggi Civili nostre, per *successione* s'intende il diritto di raccogliere questa universalità di beni, e d'ordinario vien chiamato erede quegli al quale un tal diritto è devoluto.

Sotto quest'ultimo aspetto la successione può riguardarsi come un modo di acquistare la proprietà.

Due specie di successione intanto si riconoscono, la *legittima* cioè e la *testamentaria*: la prima vien deferita unicamente dalla legge: la seconda lo è dalla volontà dell'uomo previo il permesso della legge istessa. Or poichè della successione testamentaria si è trattato negli ultimi titoli del terzo libro delle Istituzioni, qui non si parla che di successioni legittime. Ciò non ostante non bisogna credere che tutto ciò che si dice nel titolo delle successioni di cui ci occupiamo sia esclusivamente applicabile alle successioni intestate; chè parecchie disposizioni sono in egual modo applicabili alle successioni testamentarie, specialmente quelle che riguardano il pagamento de' debiti, la guarentia delle quote, etc.

Dassi che il Titolo che nelle nostre Leggi Civili tratta delle Successioni è il Primo del Terzo Libro.

Or questo Titolo si suddivide in sei capitoli.

Capitolo I. — *Dell'apertura delle successioni, e del passaggio del possesso negli eredi* (art. 638 a 645);

Fin. T. II.

Capitolo II — *Delle qualità richieste per succedere* (art. 646 a 653);

Capitolo III. — *De' Diversi ordini di succedere.*

Questo capitolo è suddiviso in cinque sezioni.

Sezione prima, *Disposizioni generali*, (art. 654 a 659);

Sezione seconda, *Della rappresentazione* (art. 660 a 666)

Sezione terza, *Delle successioni che si differiscono a' discendenti* (art. 667);

Sezione quarta, *Delle successioni che si deferiscono agli ascendenti* (art. 668 a 671);

Sezione quinta, *Delle successioni che si deferiscono a' collaterali* (art. 672 e 673);

Il Capitolo IV, che parla *Delle successioni irregolari* è suddiviso in due sezioni:

Sezione prima, *De' diritti de' figli naturali sui beni de' loro genitori, e delle successioni a' figli naturali senza prole* (art. 674 a 682);

Sezione seconda, *De' diritti del coniuge superstite e dello stato* (art. 683 a 690).

Il Capitolo V, che parla *Dell' accettazione e della rinuncia della eredità*, contiene quattro sezioni:

Sezione prima, *Dell' accettazione* (art. 691 a 700);

Sezione seconda, *Della rinuncia della eredità* (art. 701 a 709);

Sezione terza, *Del beneficio dell' inventario, de' suoi effetti, e delle obbligazioni dell' erede beneficiario.* (art. 710 a 729).

Sezione quarta, *Delle eredità giacenti* (art. 730. a 733);

Il Capitolo sesto il quale si occupa *Della divisione e delle collazioni*; è pur suddiviso in sezioni al numero di sei.

Sezione prima, *Dell' azione per la divisione e della sua forma* (art. 734 a 761);

Sezione seconda, *Delle collazioni* (art. 762 a 788);

Sezione terza, *Dell' imputazione* (art. 789 e 790);

Sezione quarta, *Del pagamento de' debiti*, (art. 791 a 802).

Sezione quinta, *Degli effetti della divisione e della guarentia delle quote* (art. 803 a 806);

Sezione sesta, *Delle rescissione in materia di divisioni* (art. 807 a 812).

TITOLLO XIV.

Delle obbligazioni.

SOMMARIO.

§. 767. Ragion dell'ordine -- 768 Definizione dell' obbligazione : assioma che ne emerge -- 769 Prima divisione delle obbligazioni in puramente naturali, puramente civili, e miste -- 770 Seconda divisione delle obbligazioni in civili e pretorie -- 771 Terza divisione delle obbligazioni in immediate e mediate -- 772 Fatto lecito: fatto illecito -- 773 Definizione della convenzione -- 774 Delle convenzioni, alcune si denominano patti, alcune altre contratti -- 775 Definizione del patto -- 776 In che i contratti consistono -- 777 Patti nudi: patti non nudi: in che consistono gli uni e gli altri -- 778 Suddivisione de' contratti in contratti veri e quasi-contratti: spiegazione di questa distinzione -- 779 Suddivisione de' contratti veri in nominati e innominati: quattro specie di contratti innominati -- 780 Contratti reali, contratti letterali, contratti consensuali -- 781 Altra divisione de' contratti in unilaterali e bilaterali -- 782 Azioni che dalle obbligazioni emergono: azione unilaterale, azione bilaterale: le azioni bilaterali sono o ambe dirette o una diretta e l'altra contraria -- 783 Quando è che può farsi uso di tali azioni -- 784 Definizioni del danno, del dolo, della colpa, del caso -- 785 Unica regola da osservarsi nel dolo: eccezioni: regola da osservarsi nel caso: eccezione -- 786 Tre gradi di colpa -- 787 Primo grado, colpa levissima: secondo grado, colpa lieve: terzo grado, colpalata -- 788 Regole intorno alla guarentia delle colpe. -- 789 Conclusione del titolo e concatenazione delle materie.

§. 767. Si è parlato finora de' diritti reali (*de jure in re*), ma non di tutti; come altresì de' modi di acquistare a titolo universale e particolare: lasciando da parte il diritto del pegno di cui tratteremo altrove (1), l'imperador Giustiniano al presente si accinge a far parola del diritto alla cosa (*juris ad rem*). E siccome è una facoltà che compete contro di una persona, acciò questa sia tenuta a dare o a fare qualche cosa (2), risulta da ciò, che ogni diritto *ad rem* nasca da obbligazione.

§. 768. *L'obbligazione si definisce un vincolo di diritto mercè il quale siamo astretti dalla necessità all'adempimento di qualche cosa in favore di un altro cioè a farla o a prestarla (*)*. Da ciò emerge l'as-

(1) Vedete il §. 818) di questi Elementi.

(2) Vedete il §. 330)

(*) La definizione in latino e la seguente. — *Obligatio est ju-*

sionia che l' obbligazione non si estende al di là della persona, e perciò non produce azione contra un terzo (a).

§. 769. Quella necessità di *adempiere* qualche cosa, cioè di farla o prestarla, viene imposta dalla legge o dal diritto, cioè o dal solo diritto della natura che il diritto civile o non sostiene affatto, o in parte (1); o soltanto dal diritto civile che il pretore mosso dall' equità rende inefficace colla eccezione; o dall' equità naturale unitamente al diritto civile. Le obbligazioni della prima specie diconsi puramente *naturali*; quelle della seconda puramente *civili*; quella della terza chiamansi *miste* (2) (b).

ris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvenda, id est faciendae vel prestandae, *arg. pr. Inst. h. t.* — Per ben comprendere il significato della parola *solvendae* (che in ho tradotto di *adempiere*), bisogna por mente a quel che dice *Ulpiano* nella *Leg. 176, ff. de verb. oblig.*, cioè *solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet*: *solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit*. Fa d' uopo inoltre osservare, che nella definizione dataci dall' Autore con ragione non si leggono le parole *secundum nostrae civitatis jura*, che *Triboniano* soggiunse alle altre *necessitate adstringimur*; dappoichè questo giureconsulto definir volle una specie di obbligazione civile, e non già l' obbligazione in generale, siccome *Eineccio* fa pur vedere nel §. seguente. Ecco intanto quel che l' autore ne dice nel corrispondente paragrafo delle Recitazioni. « Questa definizione viene da' saccenti sprezzata, e la tacciano soprattutto perchè puramente metaforica; anzi, secondo il loro grande acume, osservauo che per *vincolo di diritto* s' intende il laccio con quale s' impiccano i malvaggi. Bene, benissimo, saviamente, per modo che non si può dire di più! Le cose morali non possono al certo esprimersi con vocaboli proprii: tanto vero che lo stesso vocabolo obbligazione è metaforico. Di grazia, domando io, è forse miglior definizione quella colla quale si dice che l' obbligazione sia una qualità morale passiva, la quale importa le necessità di prestare o fare qualche cosa, che essi lodano come veramente metaforica? Quasichè non sia più oscura la definizione che la cosa definita! Perciò rimane la nostra definizione dalla quale emerge l' assioma che si legge nel testo ». (continuate la lettura di questo paragrafo 768). (*Recitaz.*).

(a) E in ciò appunto è riposta la differenza tra il diritto personale e il reale di cui si è parlato di sopra (§. 333, 2^a) *Recitaz.*). (1) *Leg. 95, §. 4, ff. de solut.*

(2) §. 1, *Inst. de fideijuss. Leg. 1, de novat.; Leg. 3, §. 1, ff. de pec. const.; §. 1, Inst. de except.*

(b) Sicchè è giusto che il figlio di famiglia e il pupillo soddis-

§. 770. Le obbligazioni miste, oltre il vincolo naturale, sono sostenute o dalle *leggi civili*, come i contratti; o dalla *giurisdizione del pretore*, come l'obbligazione *ex constituto*. Le prime diconsi *civili*, le seconde *pretorie* (1) (a). L'imperadore ebbe in mira queste due specie di obbligazioni allorchè definì l'obbligazione *vinculum juris quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae, secundam nostrae civitatis iura* (2); imperocchè siffatta definizione riguarda non l'obbligazione in generale, ma la *mista* in particolare.

§. 771. Inoltre, essendo tutte le obbligazioni un *vincolo di diritto* (3), derivano esse o dall'*equità* o dalla *legge*: alcune però nascono *immediatamente* dall'*equità naturale* o dalla *legge civile*; altre *mediatamente* mercè un fatto obbligatorio. Per esempio: il padre è obbligato a prestare gli alimenti a suo figlio, e ciò immediatamente, per effetto dell'*equità naturale*, e senza che v'interceda verun fatto obbligatorio. Il possessore è immediatamente tenuto alla esibizione in favor di colui che vi ha interesse, e ciò senza l'intervento di alcun fatto. I contraenti però e i delinquenti

fino all'obbligazione contratta senza l'ordine del padre o senza l'autorizzazione del tutore; ma il diritto civile non convalida sì fatte obbligazioni. Per diritto di natura i patti debbono adempersi; ma il diritto civile non presta loro verun soccorso, poichè fa soltanto nascere l'eccezione in forza di un patto nudo, ma non l'azione; e perciò son queste le obbligazioni puramente *naturali*. Per diritto civile anche colui che costretto da timore promette qualche cosa ne rimane obbligato; ma il pretore mosso dall'*equità* dà l'eccezione *quod metus causa*; e perciò questa obbligazione è meramente *civile*. Finalmente il venditore è obbligato per diritto naturale e civile a consegnar la cosa: questa obbligazione perciò chiamasi *mista*.

(1) §. 1, *Inst. h. t.*

(a) È generalmente chiamato *pretorio* tutto ciò che è stato stabilito da' magistrati e anche dai proconsoli e dagli edili. Un tempo tutti i magistrati Romani si dicevano pretori, *praetores* da *prae-eundo* camminare avanti, o da *praeitores* che camminano avanti, V. VARR. *de Lingua latina*, Lib. 4, cap. 14 (*Recitaz.*).

(2) *Pr. Inst. h. t.*

(3) Siccome si è detto nella definizione dell'obbligazione, riportata nel §. 768.

sono immediatamente obbligati dal loro proprio fatto, e mediatamente dalla legge.

§. 772. Il fatto obbligatorio di cui si è parlato nel §. antecedente o è *lecito* o è *illecito*. Il primo dicesi *convenzione*, il secondo *reato* o *maleficio*. Parliamo ora della convenzione, essendo questo il luogo di trattarne: del reato ci occuperemo nel §. 1032 e seguenti.

§. 773. La *convenzione*, o *patto* che voglia dirsi, è il *consenso di due persone sullo stesso oggetto onde adempiere una data cosa*, cioè *farla o darla* (a).

§. 774. Il diritto civile non fa però valere le convenzioni, ma soltanto alcune, e con ispecialità quelle che hanno una *causa* civile e approvata dalle leggi. o un *nome* particolare e un'azione della stessa denominazione (b). Queste convenzioni si chiamano *contrat-*

(a) *Conventio vel pactio est duorum vel plurium in idem placitum consensus de re solvenda*, id est *facienda vel praestanda*, Leg. 1, §. 2, ff. de pact. Diciamo *consensus*, altrimenti non v'ha alcun fatto obbligatorio. — Diciamo *consensus duorum vel plurium*, perchè p. e. in società possono pattuire e convenire anche cento e più persone — Diciamo *in idem placitum*, perchè quante volte i contraenti non danno il consenso sul medesimo oggetto, allora la cosa rimane in trattativa — Diciamo finalmente *de re solvenda, id est facienda vel praestanda*; e qui avvertiamo che sotto l'affermazione contiensi benanche la negazione; poichè possono altresì aver luogo i patti di non dare o non fare qualche cosa, i quali si dicono anche rescissorii (*Recitaz.*).

(b) Certuni si meravigliano che in Roma i patti non producevano azione e accusano di perfidia i Romani. Ma essi fanno ingiuria a quella prudentissima nazione. I Romani non negavano che i patti dovessero osservarsi; che anzi riguardavano come malvaggio colui che rifiutava l'adempimento della sua promessa. Elegantemente Seneca, de benef. lib. 5, cap. 21, dice: *Quae lex ad id praestandum nos, quod alicui promissimus, alligat. Nulla. Quaerar tamen cum eo, qui non praestat, et fidem datam nec servatam, indignabor*. In quanto poi non diedero azione a' patti, c'è pasce da che il più delle volte gli uomini negano seriamente d'aver pattuito: onde Euclione presso Plauto nell' *Aulul. Att. 2, sc. 2*, §. 81. dice

At scio, quo res pacto solentis perplexarier

Pactum non pactum est? Non pactum autem pactum quod vobis lubet.

ti, le altre parti (1).

§. 773. Dunque il patto è una *convenzione destinata di nome e di causa* (cioè di dazione e di fatto), la quale di sua natura può produrre una *obbligazione civile* (2), ovvero una *nuda promessa di una cosa o di un fatto*.

§. 776. I contratti sono *convenzioni che hanno nome e causa presente, causa per sua natura civilmente obbligatoria* (3) (a).

Or, affinchè gli uomini non potessero in tal modo stabilir dubbio e cavillare, i Romani determinarono che la fede de' cittadini non consistesse ne' patti, ma nè soli contratti, *Gellio, noct. att. lib. 20 cap. 1*, cioè affinchè gli uomini dir non potessero di non aver essi prestato il consenso seriamente, introdussero una solenne stipulazione, mercè la quale nasceva una piena obbligazione. Ciò elegantemente lo esprime Ed. Merillo, *Oss. lib. 7, cap. 39*: « i cittadini romani non avevano accordata azione per la esecuzione de' patti nudi, perchè non avevano munito di sanzione le promesse ne' patti nudi contenute, ma solo quelle contenute ne' contratti (*quia fidem sanxerant in negotiorum contractibus*); nè avevano immaginata una formula nella quale si trattasse de' patti nudi, perchè osservavano che se le parti avessero avuta la intenzione di legarsi, sarebbero ricorsi alla stipulazione, la quale era una formula più sicura onde consacrare la loro volontà. Coloro dunque i quali avessero ommesso di adoperare la stipulazione qual mezzo civile di vincolare la promessa, facevano sembianza di aver voluto agire per ischerzo anzichè seriamente obbligarsi (*Inst. e Rec.*). »

(1) *Leg. 19, ff. de novat.*

(2) Vedete il §. 774.

(*) V. la nota del §. seguente attinta dalle Recitazioni.

(3) *Leg. 7, §. 1, seq. ff. de pact.* Rivedete il citato §. 774.

(b) Per intendere le due definizioni contenute in questo e nell' antecedente paragrafo, uopo è spiegare cosa sia il nome e cosa sia la causa. *Nome* qui chiamiamo quel vocabolo il quale produce un' azione della stessa denominazione. Per causa intendiamo qualche fatto presente da cui nasce agli occhi della legge qualche obbligazione. Così, per esempio, la vendita ha un nome, perchè ne risulta l'azione della cosa comprata e venduta, *actio empti venditi*. La stipulazione ha non solo un nome, ma anche una causa: ha un nome, perchè da essa nasce l'azione chiamata azione in virtù dello stipulato: ha una causa, perchè ci concorre una solennità di parole alle quali le leggi attribuiscono forza di obbligare. Al contrario, la donazione non ha nè nome nè causa, perchè non produce azione della cosa donata, e non evvi fatto presente, ma solo si promette senza alcuna solennità di fare in tempo futuro (*Recitaz.*).

§. 777. Il patto è *nudo* o *non nudo* (1). Il *nudo* è quello che rimane circoscritto ne' limiti di una semplice convenzione: esso non produce azione, ma soltanto eccezione (2). Il *non nudo* (a) è quello che produce azione, o perchè una legge speciale o il pretore lo assiste (5), o perchè è stato aggiunto in continenti ad un contratto di buona fede (4). Da ciò tre specie di patti, cioè il *legittimo*, ch'è il primo; il *pretorio*, ch'è il secondo; e l'*aggiunto*, che è il terzo (b).

§. 778. I contratti si formano in modo che da entrambe le parti ci sia un *consenso vero*, o che l'equità e'l comun vantaggio il faccian *presumere* soltanto da un parte (c). I primi diconsi *contratti veri*; gli altri *obbligazioni* nascenti da *quasi-contratto*, o più brevemente, *quasi-contratti*: di questi ultimi tratterremo nel §. 965 e seguenti.

§. 779. I *contratti veri* hanno contemporaneamente *nome e causa* (5), ovvero una causa civile senza no-

(1) *Dicta Leg. 7, §. 1, 2, 3, 4, ff. Leg. 20 Cod. de pact.*

(2) *Leg. 7, §. 4, ff. de pact.; L. 10, L. 21, L. 28 Cod. eod.*

(a) Che i chiosatori con voce barbara chiamano vestiti (*Recit.*).

(3) *Leg. 6, ff. de pactis.*

(4) *Leg. 7, §. 5, Leg. 13, Cod. de pact.*

(b) Patto legittimo dicesi quello che viene confermato dalla legge: tal'è il patto dotale, *Leg. 6, Cod. de dot. prom.* quello di donazione *Leg. 35, §. ult. C. de donat.*; taluni patti sulle usure o interessi *Leg. 30, ff. de usuris; Leg. 7, de foen. naut. Leg. 12, Cod. de usuris. Nov. 136, capitolo 4.* Al contrario, i patti confermati dal dritto pretorio sono l'*ipoteca*, *Leg. 17, §. 2, de pact.*; il *danaro costituito*, *Leg. 1, ff. de pecun. const.*; e la *convenzione di prestare il giuramento*, *§. 11, Inst. de act.*

(c) Dunque il fondamento de' *quasi-contratti* non è il tacito consenso, siccome certuni opinarono: se ciò fosse non verrebbero obbligati nè coloro che ignorano, nè i renitenti §. 1, *Inst. de obl. quae quasi ex contr.* Il fondamento di essi è dunque il consenso *finto* o *presunto*. Siffatta presunzione nasce o dall'equità o dall'utilità, ed è fondato su questa massima: *Niuno dee arricchirsi a spese altrui (nemo debet cum alterius damno locupletior fieri)*, *Leg. 14, ff. de condict. indebit.*

(5) Vedete il §. 774 in questo Titolo.

me. I primi si dicono *contratti nominati*, gli altri *contratti innominati*, le cui quattro specie sono: *dò perchè tu dia* (*do ut des*); *dò perchè tu faccia* (*do ut facias*); *faccio perchè tu faccia* (*facio ut facias*): dalle quali quattro specie non nasce azione della stessa denominazione (1), ma l'azione generale *del fatto*, o con una formula immaginata *praescriptis verbis*, val dire *per la circostanza particolare* (2)(a).

§. 780. Tutti i contratti innominati debbono essere formati *colla cosa* (*RE ineuntur*); imperocchè senza l'intervento della cosa resterebbero della natura dei patti (3). Fra i contratti nominati alcuni han per fondamento *la cosa*, altri son formati colle *parole*, altri per *iscritto*, altri finalmente col *solo consenso* (4)(b).

(1) Rivedete il citato §. 774.

(2) *Leg. 1, 2, 3, et 5, Leg. 17, §. ult. ff. de praescript. ver., Leg. 7, §. 2, ff. de pact.*

(a) Potrebbe obiettare che il contratto estimatorio, quantunque contratto innominato, produce ciò non ostante l'azione estimatoria. V. *Rubr. ff. de aestim.*: ma si risponde che questa azione estimatoria è precisamente la stessa azione *praescriptis verbis*: e perciò la *L. 1, ff. ejusd. tit.* la denomina azione estimatoria, *praescriptis verbis actio*. — Potrebbe pure obiettare che tutti i contratti nominati richtrar possono nel contratto *do perchè diate*. Imperocchè, che altro è la compra e vendita fuorchè *do perchè diate*? Ma si risponde esserci tra i contratti nominati e gl'innominati anche questa differenza, cioè che ne' contratti nominati interviene la pecunia numerata: ne' contratti poi innominati ci sono altre cose oltre la pecunia, o se pecunia non si dà, questa non dassi per convenzione, o almeno non è data come mercede, ma come onorario. Laonde se io dica per esempio: *vi dò la pecunia affinchè mi diate il libro*, questa sarà compra e vendita: se conveniamo che io vi dia questo libro acciò voi me ne diate un altro, questo sarà un contratto innominato *dò perchè diate*. Così ancora, se un sarto manifesti di farmi un abito per la data somma, sarebbe questa una locazione di opere; Se convenga di farlo per ricevere del grano, o se un professore dica voler insegnare per ottenerne un onorario, questi sarebbero altrettanti contratti innominati (*Recitaz.*).

(3) Vedete il §. 775.

(4) §. ult. *Inst. h. t.*

(b) Sempre dunque si riferiscono a ciò che ha consumato il contratto: e perciò quelli che si formano colla tradizione della cosa si dicono contratti *reali*, quali sono il *mutuo*, il *comodato*,

§. 781. Tutti questi contratti sono convenzioni (1), e consistendo queste nel consenso di due o più persone sull'istesso oggetto che lor conviene, onde dare o far qualche cosa (2), ne risulta che a dare o fare si obbligano o entrambe le parti contraenti, o una di esse: da ciò i contratti si dividono in *bilaterali* e *unilaterali* (a).

§. 782. Dunque i *contratti unilaterali* producono una sola azione (b): i *bilaterali* ne producono due

il pegno, il deposito. — Quelli che si perfezionano colle parole solenni si dicono obbligazioni di parole o contratti *verbali*, de' quali soltanto uno se ne conosce nel diritto nuovo, cioè la stipulazione. Anticamente poi, oltre questa obbligazione di parole, ce n'erano due altre, cioè l'assegnazione della dote e la promessa giurata delle opere che solevasi fare dal liberto. V. *Cujacio Inst. lib. 2. tit. 9. §. 3.* Quel contratto che prende la sua sostanza per effetto di solenne scrittura, dicesi contratto letterale. E Giustiniano fu il primo a ridurlo alla forma in cui al presente lo abbiamo. — Finalmente, ove il solo consenso basti per la perfezione del contratto, questo allora dicesi consensuale: se ne contano cinque, la *compra e vendita*, la *locazione e conduzione*, l'*enfiteusi*, la *società* e il *mandato*. (Recitaz.).

(1) Rivedete il citato §. 774.

(2) Vedete il §. 773.

(a) Ordinariamente i contratti unilaterali sono di *stretto diritto*, come il mutuo, il pagamento della cosa non dovuta, la stipulazione, l'obbligazione scritta. I contratti bilaterali sono di *buona fede*, come il comodato, il pegno e tutti quelli che si perfezionano col consenso. Ne' primi, cioè ne' contratti unilaterali, non son dovuti gl'interessi qualora non ci sia convenzione: ne' secondi cioè ne' bilaterali, i menzionati interessi si debbono per la sola mora, *Leg. 3. Cod. de usuris*. I contratti di *stretto diritto*, ove interviene il dolo, non sono nulli, ma danno luogo a rescissione *Leg. 36. ff. de verb. obl.* Per l'opposto, ne' contratti di buona fede, il dolo che cagionò l'obbligazione rende questa di niun effetto, *Leg. 7. pr. ff. de dolo*. Se poi il dolo sia incidente, ci è luogo a rescissione *Leg. 13. §. 4. et 5. ff. de act. empt.* L'eccezion del dolo si compete benanche all'ingannato, *Leg. 9. pr. ff. de dolo*. Ne' contratti di stretto diritto la compensazione faceasi coll'opporre soltanto la eccezion del dolo; negli altri annullava *ipso jure* l'obbligazione: il che fu cangiato da Giustiniano §. 30 *Inst. de act.*

(b) Imperocchè siccome nel mutuo, per esempio, il creditore non è a nulla obbligato, ma lo è soltanto il debitore, così il solo creditore avrà l'azione contra il mutuuario, azione che *condictio certi ex mutuo* viene denominata (Recitaz.).

(a) ed entrambe *dirette* qualora le due parti contraenti restino immediatamente obbligate (b), ma se una di esse sia obbligata fin dal principio, e l'altra dopo il fatto, contro la prima si dà l'azione *diretta*, e contro la seconda l'azione *contraria* (1) (c) a fin di conseguire l'indennità (d).

§. 783. Con tali azioni si agisce non solamente pel soddisfacimento di ciò che si è promesso, ma eziandio per lo *risarcimento del danno sofferto*.

§. 784. Il *danno* è la diminuzione che un altro cagiona al nostro patrimonio, e questo può cagionarsi o per *dolo* o per *colpa* o per *caso*. Per *dolo* intendesi *qualunque astuzia falsità manovra adoperata per ingannare sedurre e raggirare un altro* (2). La *colpa* è un fatto non premediato del quale taluno viene ingiustamente leso, o che non è stato preveduto da un uom diligente mentre avrebbe potuto esserlo (3). Il

(a) Imperocchè, siccome ne' contratti bilaterali ciascuna delle parti è obbligata, così è necessario che ci sieno due azioni, perchè si l'una che l'altra parte possa prevalersene ove ne abbia bisogno (*Recitaz.*).

(b) Cioè al momento in cui il contratto si è perfezionato. V. la nota seguente (*Recitaz.*).

(1) *Leg. 17, §. 1 et 3, 3, Leg. pen. ff. commod.*

(c) Per cagion d'esempio, nella vendita le due parti contraenti sono obbligate fin dal momento del contratto, e ciascuno ha l'azione *empti-venditi*. Nel mandato, il mandatario è obbligato dall'istante in cui il contratto è formato: il mandante è pure obbligato, ma posteriormente, val dire allorchè il mandatario avesse erogate delle spese o avesse sofferto de'danni. Sicchè l'azione contra il mandatario è diretta, l'azione contra il mandante è contraria (*Recitaz.*).

(d) Delle azioni contrarie una è la regola, e questa è generalissima, cioè che ogni azione contraria si concede per ottenere l'indennità (come si è detto nel testo) (*Recitaz.*).

(2) *DOLUS ert omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad decipiendum, fallendum, circumveniendum, alterum adhibita*, *Leg. 1, §. 2, ff. de dolo*.

(3) *CULPA est factum inconsultum, quo alter injuria laeditur, vel quod, quum a diligente provideri potuerit, non sit provisum*, *Leg. 31, ff. ad Leg. Aquil.*

caso è un' avvenimento derivato dalla Divina Provvidenza, al quale non si può resistere (1).

§. 785. Da sì fatte distinzioni emergono i seguenti assiomi: 1° il dolo dee esser sempre guarentito in qualsivoglia contratto, *illum semper et in omni contractu esse praestandum*, nè si può anticipatamente (a) convenire di non essere responsabile del suo dolo (2); 2° in taluni contratti ne' quali ci rimettiamo interamente alla fede di un amico, il dolo, e la colpa lata cui il dolo equiparasi, sono notati d' infamia, come nel *deposito*, nelle *società*, nel *mandato*, nella *tutela* se qualcuno succumba nell' azion diretta (3), 3° il caso fortuito giammai è guarentito, tranne se il debitore sia in mora (4), o se siasi espressamente obbligato, o se abbia commessa qualche colpa contemporaneamente al caso (5); 4° la colpa, sia maggiore sia minore, dee esser guarentita.

786. Siccome considerati i padri di famiglia sotto l' aspetto della vigilanza se ne trovano di tre sorte (cioè alcuni alle proprie bisogne attentissimi ed han cento occhi aperti; altri trascuratissimi su' loro interessi per non occuparsi affatto de' medesimi; altri in fine in luogo medio tra i primi e i secondi, esercitando una vigilanza meramente comune e ordinaria), così vi sono tre gradi di colpa o di negligenza.

(1) *Casus est eventus a Divina Providentia profectus, cui resisti non potest, Leg. 18, pr. ff. comm.*

(a) Si può transigere sopra un dolo passato, *Leg. 27, §. 3, ff. de pactis, Leg. 5, §. 7, ff. de adm. tut.*

(2) *Leg. 23, ff. de regulis juris.*

(3) *Leg. 1, ff. de his qui not. inf.; Cicer. pro Rosc. Com. cap. 6, et pro Rosc. Amer. cap. 40, ove elegantemente dice: Si qua sunt privata judicia summae existimationis, et pene dicam capitis: fiduciae (col qual vocabolo comprende il mandato e il deposito) tutelae, societatis. Aequè enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quae continet vitam, et pupillum fraudare qui in tutelae pervenit, et socium fallere, qui se in negotio conjunxit.*

(4) *Leg. 2, Cod. de per. et comm. rei vend.*

(5) *Dicta Leg. 23, ff. de reg. jur.*

§. 787. La prima, che dicesi colpa *lievissima*, è quella che avviene allorchè non s'impiega quell'accortezza di cui sogliono far uso i diligentissimi padri di famiglia (1): la seconda, che dicesi colpa *lieve*, è quella che avviene alloraquando non si fa uso di quella diligenza solita a praticarsi da ogni diligente padre di famiglia (2) (a): finalmentè la terza, che dicesi colpa *lata*, avviene quando non si mette in opera quella diligenza che praticerebbero gli uomini anche i più dissoluti (3).

§. 788. Sulla guarentia della colpa sono da osservarsi i seguenti assiomi: 1° ne' contratti ne' quali il profitto è tutto da una parte, e dall'altra nullo, o ci è anche del danno, colui che ha il profitto è ordinariamente tenuto alla colpa lievissima, e l'altro alla colpa lata (4): 2° quando entrambi i contraenti hanno un egual vantaggio, sono egualmente responsabili della colpa lieve (5): 3° colui che si offrì spontaneamente al contratto, e assunse un obbligo pel cui adempimento richiedevasi somma abilità, quantunque non ne ritragga verun profitto, è tenuto alla colpa lievissima (6): 4° colui che

(1) *Leg. 18, ff. commod.* (2) *Leg. 32, ff. depos.*

(a) Quando la colpa lieve si valuta dalla diligenza che ogni ben regolato padre di famiglia praticar suole nei proprii interessi, questa colpa vien chiamata da' dottori colpa lieve *in astratto*: ma se si considera la diligenza di cui il contraente suole far uso nei proprii interessi la colpa sarà lieve nel senso *concreto*. Di questa specie di colpa un socio è all'altro responsabile, §. 9. *Inst. de societ.*, perchè la scelta di un socio suppone che si sia contento della sua diligenza.

(3) *Leg. 223 ff. de verb. sig. Leg. penult. §. 2, ff. de jur et fact. ign.*

(4) *Leg. 5, ff. commod.*

(b) Così nel deposito il depositante è tenuto della colpa lievissima, perchè percepisce tutto il commodò: il depositario della colpa lata, perchè ha solo l'incommodò. — Nell'assioma che spieghiamo abbiain fatto uso della parola *ordinariamente*; imperocchè nella tutela il tutore è tenuto a mettere in opera un'esatta diligenza, e a rispondere della colpa lieve, *Leg. 1, ff. de tut. et rat. distr.* (*Inst. e Recitaz.*).

(5) *Dicta Leg. 5 §. 2, ff. commod.*

(6) *Leg. 1, §. 25, ff. dep; Leg. 20, Cod. de negot. gest.; Leg. 23, ff. de reg. jur.; Leg. 13, Leg. 21, Cod. mund.*

spontaneamente offrì all'altro una cosa di cui ne ritragga tutto il profitto, non può esigere se non la guarentia della sola colpa lata (1).

§. 789. Uopo è intanto occuparci di ciascun contratto in particolare, ad imitazione dell' imperatore, e primieramente de' veri che sono i contratti *nominati*. E poichè i contratti nominati sono o *reali* o *verbali* o *letterali* o *consensuali* (alii *re*, alii *verbis*, alii *litteris*, alii *consensus capiunt substantiam*) (2), così tratteremo in primo luogo de' contratti reali (*qui in re ineuntur*).

(1) Leg. 8, §. 3, ff. de precar.

(2) Vedete il §. 780 di questi Elementi.

DIRITTO PATRIO SUL TITOLO XIV.

Togliendo a confrontare la materia che contiensi in questo titolo con quella che le corrisponde nelle nostre leggi civili ne' Titoli III e IV del Terzo Libro della Prima Parte del Codice imperante, i Tironi vi scorgeranno, come al solito, qualche differenza e nel metodo e nella teoria.

Or de' due titoli indicati uno ha per epigrafe: *de' contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale* (e ciò dimostra che presso di noi obbligazione, convenzione e contratto sono termini sinonimi): l' altro, delle *obbligazioni convenzionali in generale*.

DIVISIONE DEL TITOLO TERZO.

Il Titolo terzo testè indicato viene diviso in sei capitoli.

CAPITOLO I. — *Disposizioni preliminari*. — In questo viene primieramente definito il contratto essere una *convenzione colla quale una o più persone si obbligano verso una o più persone a dare, a fare, o a non fare qualche cosa* (art. 1055). — Passa quindi il legislatore a distinguere il contratto in *sinallagmatico* o *bilaterale*, e *unilaterale*, definisce il contratto *commutativo*, l' *aleatorio*, quello di *beneficenza* e l'altro a *titolo oneroso* (art. 1056 a 1060). Conchiude in fine che i contratti, sia che abbiamo o pur no una denominazione propria, sono sempre sottoposti alle regole generali che formano l'oggetto del titolo: e che le regole particolari a taluni contratti vengono stabilite sotto i titoli relativi a ciascun di essi; come le regole particolari alle convenzioni commerciali vengono stabilite dalle leggi relative al commercio (art. 1061).

CAPITOLO II — *Delle condizioni essenziali per render valide le convenzioni*. — Quattro condizioni il legislatore addita per rendere

valide le convenzioni, e sono: *il consenso di colui che si obbliga; la capacità di contrarre; la certezza della cosa che forma l'oggetto della convenzione; e una causa lecita per obbligarsi* (art. 1062).

Per ciascuna di queste quattro condizioni il presente capitolo sta diviso in altrettante sezioni comprese negli articoli 1063 a 1087.

CAPITOLO III. — Degli effetti delle obbligazioni. — Questo capitolo è anch'esso suddiviso in sezioni al numero di sei:

Sezione prima, disposizioni generali (art. 1088 e 1089);

Sezione seconda, dell'obbligazione di dare (art. 1090 a 1095);

Sezione terza, dell'obbligazione di fare o di non fare (art. 1096 a 1099);

Sezione quarta, de' danni ed interessi per l'inadempimento dell'obbligazione (art. 1100 a 1108);

Sezione quinta, della interpretazione delle convenzioni (art. 1109 a 1117);

Sezione sesta, dell'effetto delle convenzioni riguardo a' terzi (art. 1118 a 1120).

CAPITOLO IV — Delle diverse specie di obbligazioni.

Questo quarto capitolo è pure in sei sezioni suddiviso:

Sezione prima, delle obbligazioni condizionali: questa sezione è ripartita in tre paragrafi. — Il paragrafo primo intitolato *della condizione in generale e delle sue diverse specie*, definisce l'*obbligazione condizionale, la condizione causale, la condizione mista*; ed indica quando è che una condizione si ha come nulla e non apposta, e quando si ha come adempita (art. 1121 a 1133).

Il paragrafo secondo definisce la condizione sospensiva e ne indica gli effetti (art. 1134 e 1135).

Il paragrafo terzo definisce la condizione risolutiva indicando pure gli effetti (art. 1136 e 1137).

La sezione seconda riguarda le obbligazioni a termine (art. 1138 a 1141);

La sezione terza si occupa delle obbligazioni alternative (art. 1142 a 1149);

La sezione quarta parla delle obbligazioni solidali, ed è suddivisa in due paragrafi, il primo de' quali concerne la *solidalità fra' creditori*; il secondo la *solidalità fra' debitori* (art. 1150 a 1169).

Segue la *sezione quinta delle obbligazioni divisibili e indivisibili*. In questa sezione, dopo definite queste due specie di obbligazioni, si procede a una suddivisione della medesima in due paragrafi: il primo de' quali concerne gli *effetti della obbligazione divisibile*, e il secondo gli *effetti della obbligazione indivisibile* (art. 1170 a 1178);

Finalmente, la *sezione sesta e ultima di questo capitolo ha per oggetto le obbligazioni con clausole penali* (art. 1179 a 1186).

CAPITOLO V. Della estinzione delle obbligazioni. — In questo capitolo (dopo enumerati coll'art. 1187 i mezzi onde estinguere

le obbligazioni, cioè col *pagamento*, colla *novazione*, colla *remissione volontaria*, colla *compensazione*, colla *confusione*, colla *perdita della cosa*, colla *nullità* o colla *rescissione*, per effetto della *condizione risolutiva* e colla *prescrizione*, si procede alla divisione di esso in sette sezioni.

La *sezione prima*, che riguarda il *pagamento*, viene suddivisa in cinque paragrafi: 1° del *pagamento in generale*; 2° del *pagamento con surrogazione*; 3° dell' *imputazione de' pagamenti*; 4° dell' *offerta di pagamento* e del *deposito*; e finalmente 5° della *cessione de' beni* (art. 1188 a 1224);

Sezione seconda, della *novazione* (art. 1225 a 1235);

Sezione terza, della *remissione del debito* (art. 1236 a 1242);

Sezione quarta, della *compensazione* (art. 1243 a 1253);

Sezione quinta, della *confusione* (art. 1254 e 1255);

Sezione sesta, della *perdita della cosa dovuta* (art. 1256 e 1257);

Sezione settima, delle *azioni di nullità o di rescissione de' contratti* (art. 1258 a 1268).

CAPITOLO IV. — *Della pruova delle obbligazioni, e di quella del pagamento.* — Chi domanda esecuzione di obbligazione dee provarla: reciprocamente, chi pretende esserne stato liberato dee giustificarne l'adempimento (art. 1269). — Le regole concernenti la *pruova per iscritto*, la *pruova testimoniale*, le *presunzioni*, la *confessione della parte* e il *giuramento* vengono spiegate nelle cinque sezioni in cui questo capitolo è diviso (art. 1270):

Sezione prima, della *pruova per iscritto*.

— Questa sezione sta suddivisa in cinque paragrafi: 1° del *titolo autentico*, cioè quello ricevuto da pubblici uffiziali autorizzati ad attribuirgli la pubblica fede nel luogo in cui l'atto si è steso, e colle solennità richieste (art. 1271 a 1275); 2° della *scrittura privata* (art. 1276 a 1286); 3° delle *tacche a riscontro* o sia delle *taglie* (art. 1287); 4° delle *copie de' titoli* (art. 1288 a 1290); e finalmente 5° degli *atti di ricognizione e di conferma* (art. 1291 a 1294).

Sezione seconda, della *pruova testimoniale* (art. 1295 a 1302);

Sezione terza, delle *presunzioni*: e poichè queste sono stabilite dalla legge e possono non esserlo, questa sezione doveva esser divisa come lo è in due paragrafi (art. 1303 a 1307);

Sezione quarta, della *confessione della parte* (art. 1308 a 1310).

Sezione quinta, del *giuramento* — Il giuramento può aver luogo o quando una parte lo deferisce all'altra per farne dipendere la decisione della causa, e dicesi *decisorio*; o quando vien deferito *ex officio* dal giudice: quindi le due indicate specie di giuramento fan sì che la presente sezione trovisi divisa in due paragrafi (art. 1311 a 1313).

DIVISIONE DEL TITOLO QUARTO.

Il TITOLO QUARTO che dicemmo riguardare le *obbligazioni che si contraggono senza convenzione*, comincia per fare alcune distinzioni. — Talune obbligazioni (così l'art. 1324) si contraggono senza che v'intervenga alcuna convenzione, nè per parte di chi si obbliga, nè per parte di colui verso il quale si è obbligato: le une risultano dalla sola autorità della legge; le altre derivano da un fatto personale a colui che resta obbligato. Le prime sono le obbligazioni che si formano involontariamente, come quelle tra' proprietari vicini, o quello de' tutori o degli amministratori, i quali non possono recusare le funzioni che loro vengono conferite. Le obbligazioni che nascono da un fatto personale a colui che resta obbligato, risultano o da' quasi-contratti, o da' delitti, o da' quasi-delitti. Esse formano la materia di questo titolo il quale si divide in due capitoli.

CAPITOLO I. — *De' quasi-contratti*. — I quasi-contratti sono fatti puramente volontarii dell'uomo da' quali risulta una obbligazione qualunque verso un terzo, e talvolta una obbligazione reciproca delle due parti (art. 1325 a 133).

Capitolo II. — *De' delitti e quasi-delitti*. (art. 1336 a 1340).

DIRITTO PATRIO SUI RIMANENTI TITOLI
DI QUESTO LIBRO SECONDO.

Dopo aver noi cominciato ad annotare con alquanto estensione le materie contenute in quest'opera onde avvicinarle al diritto patrio vigente, credemmo non dover continuare sì fatto metodo in tutti i titoli delle Istituzioni. Nostro divisamento non è stato con questi appendici di dare compiuta istituzione sul diritto in vigore; ma quello bensì di manodurre la gioventù studiosa a poter fare uno studio comparato delle due legislazioni: ecco perchè ne' titoli posteriori mi sono limitato a semplici indicazioni. Or queste par che non debbano ulteriormente continuare, stantechè ne' rimanenti titoli di questo terzo libro (i quali non altro riguardano se non le diverse specie di contratti) a semplici indicazioni la cosa pur si ridurrebbe: il che può benissimo da' Tironi senz'altra manoduzione operarsi e senza gravare d'inutili pagine la mole di questo libro. Rispetto poi alla maggior parte de' titoli che compongono il libro quarto e ultimo di queste Istituzioni, convien ricorrere alle leggi penali e a quella di procedura ne' giudizi civili, onde farne il confronto.

TITOLO XV.

In quali modi contraesi l'obbligazione reale.

SOMMARIO.

§. 790 In che consistono i contratti *reali* -- 791 Loro specie -- 792 Definizione del *mutuo*: analisi della definizione -- 793 Assiomi circa questo contratto -- 794 Diritti nascenti dal medesimo -- 795 Continuazione -- 796 Azione che da esso risulta -- 797 Definizione del *comodato* -- 798 a 801 Principii e conseguenze che il comodato riguardano -- 802 *Azioni* risultanti da questo contratto -- 803 A chi si dà l'azione *diretta* -- 804 A chi la *contraria* -- 805 Definizione del *deposito* -- 806 Assiomi intorno a questo contratto -- 807 Conseguenze del primo assioma circa il deposito -- 808 *Altra* conseguenza intorno al medesimo -- 809 Conseguenze emergenti dal secondo assioma -- 810 E dal terzo -- 811 Due specie di deposito -- 812 Differenza tra il deposito e il *sequestro* -- 813 *Azioni* risultanti dal deposito -- 814 A chi si dà la *diretta* -- 815 A chi la *contraria* -- 816 *Azioni* risultanti dal sequestro: a chi si accorda la *diretta* e a chi la *contraria* -- 817 *Pegno*: come si costituisce: quali *azioni* produce -- 818 Definizione di questo contratto -- 819 Tre *azioni* che lo concernono -- 820 Conseguenza risultante dal primo assioma -- 821 Due altre nascenti dal secondo -- 822 E un'altra che dal terzo risulta -- 823 Doppia azione *pignoratizia* -- 824 Azione *pignoratizia diretta* -- 825 Azione *pignoratizia contraria*.

§. 790. I contratti perfezionati colla *cosa* diconsi *reali*, non perchè producono l'azione *in rem* (1), ma perchè la loro essenza e perfezione consiste nella tradizione e consegnazione della cosa.

§. 791. Fra i contratti veri e nominati (a) ve ne son quattro di questa specie, cioè il *mutuo* il *comodato* il *deposito* e il *pegno* (2).

§. 792. 1° Il *mutuo* (*) è un contratto con cui si dà a qualcheduno la cosa fungibile, acciò costui ne divenga il padrone, con doverne però nel tempo convenuto restituir l'equivalente nel medesimo gene-

(1) Come si disse nel §. 768, cioè che il contratto, qualunque sia, produce sempre l'azione personale.

(a) Dico tra i contratti nominati, poichè i contratti innominati si perfezionano tutti colla tradizione della cosa. Nei quasi-contratti si contano i seguenti che si perfezionano in tal modo, cioè l'obbligazione de' padroni di legni marittimi, degli albergatori, degli stallieri.

(2) *Pr. et §. seq. Inst. h. t.*

(*) Circa l'etimologia della parola *mutuum*, per cui molto si affaticarono gli eruditi interpreti, è degno di leggersi il chiarissime EGID. MENAGIO. *Amoenit. jur. cap. 39.*

re (1) (*). Diconsi cose fungibili quelle che si valutano a peso, a numero e a misura (2). In sì fatte cose l'equivalente tien luogo della cosa istessa (*tantundem est idem*).

§. 793. Da questa definizione risulta: 1° che il mutuo consista nella tradizione che si fa *brevi manu* del danaro o cosa fungibile (3) (a); 2° che il mutuo sia una vera alienazione (b), giacchè la proprietà della cosa fungibile si trasfonde al debitore (4) (**).

(1) *MUTUUM est contractus, quo res fungibilis ita alicui datur, ut ejus fiat, et is quandoque tantundem in eodem genere restituat, pr. Inst. h. t.*

(*) Questa definizione del mutuo è fatta ad imitazione di quella di CUIACIO, *Observ. 2, 27*, ove si legge: *est creditum quantitatis ea lege datae, ut eadem ipsa quantitas reddatur in genere, non in specie eadem.*

(2) *Leg. 2, §. 1 ff. de rebus credit.* Vedete il §. 419 di questi Elementi.

(3) *Leg. 2, §. 3, Leg. 11, pr. et Leg. 15, ff. de rebus credit.* Vedete il §. antecedente.

(a) Diciamo poi che la cosa si debba consegnare almeno con breve mano: di ciò la *Legge 10 ff. de verb. obl.* ne dà un esempio. Una persona depositò una quantità di danaro nelle mani di un'altra persona, e nel tempo stesso permise di valersene se voleva, per modo che per sì fatta tradizione fittizia si presumeva aver avuta la tradizione reale di questa somma (*Recitaz.*).

(b) Claudio Salmasio nella sua *Diatriba mutuum non esse alienationem*, non ebbe ragione di sostenere un tale assunto, cioè che il mutuo non sia un'alienazione. Il mutuo non consiste soltanto nella quantità, ma la stessa specie si trasferisce in quanto alla sostanza, e di questa il debitore acquista il pieno dominio. Vero è che la quantità non si aliena, perchè essendo cosa incorporale, o piuttosto puramente intellettuale, non è oggetto della proprietà (§. 388. 1°). Ecco perchè, sotto l'aspetto della quantità si dice che il danaro non è alienato, *Leg. 55, ff. de solut.*; e questo danaro, che in forza del mutuo appartiene al debitore, chiamasi danaro altrui. *Leg. 213, §. 1. ff. de verb. sign.*

(4) *Leg. 2, §. 2, Leg. 16, Leg. pen. ff., cod. §. 2. Inst. quibus alienare licet vel non.* Vedete il §. 591 di questi Elementi.

(**) E in vero il debitore dee consumar la cosa ricevuta in mutuo per servirsene; il che non potrebbe fare senza acquistarsene il dominio: ma consumata la cosa non può più restituirla nella stessa specie, bensì nello stesso genere, cioè nella stessa quantità, natura e qualità. Onde si dicono cose fungibili, perchè *functionem recipiunt in genere suo*, al dir di PAOLO nella citata *Leg. 2, §. 1, ff. de reb. credit.*

794. Essendo dunque il mutuo una vera alienazione (1), ne segue: 1° che possa dare a mutuo soltanto colui che può alienare (2); e perciò 2° se qualcheduno non avendo diritto di alienare abbia dato a mutuo, può rivendicar le specie esistenti, ripeterà le specie consumate in buona fede, e coll'azione *ad exhibendum* quelle che lo sieno state in mala fede (3). 3° La stessa cosa ha luogo se alcuno per dolo abbia dato a mutuo il danaro altrui senza il mandato o il consenso del proprietario (4).

§. 795. Benchè nel mutuo si alieni la specie e non la quantità (5), da ciò risulta: 4° che debbasi restituir l'equivalente rispetto alla quantità e rispetto alla qualità (6); 5° che si possa costringere il debitore a restituir meno, ma non più di ciò se gli è dato (7); 6° che cangiandosi il valore delle specie, uopo riportarsi al tempo del contratto (8), purchè però non si fosse convenuto di restituire una data specie di monete (9).

§. 796. Da questo contratto nasce una sola azione (10), che porta il nome di esso (: 1), cioè l'azione personale per ridomandare una determinata quantità in forza del mutuo, (*condictio certi ex mutuo*, vel *actio mutui*) (12): con sì fatta azione il creditore agisce contra il debitore o contra il di costui erede (13) onde farsi restituire l'equivalente nello stesso genere e della stessa bontà, e non già gl'interessi che per diritto

(1) Vedete il num. 2 del §. antecedente.

(2) §. ult. *Inst. quib. alien. lic.* Leg. 2, §. 4, ff. de reb. cred.

(3) Leg. 11, §. ult. Leg. 13, pr. Leg. 14 ff. cod. Vedete il §. 466 2° di questi Elementi.

(4) *Dicta* Leg. 11, §. ult. Leg. 13, ff. cod.

(5) Siccome si è veduto nella nota del §. 793.

(6) Leg. 3, ff. eod. Leg. 99, ff. de solut.

(7) Leg. 11, §. 1, ff. de reb. credit.

(8) Arg. Leg. 3, ff. de reb. credit. Leg. 2, Cod. de vet. num. pot, Leg. 69, ff. de contr. empt.

(9) Leg. 5, Leg. 22, ff. de reb. eredit.

(10) Vedete il §. 782.

(11) Vedete il §. 779 *ivi*.

(12) Leg. 5, Cod. quib. non objic. long. temp, preacer.

(13) Vedete il §. 768 di questi Elementi.

romano non eran dovuti in un contratto *stricti juris*, se non quando erano stati promessi (1).

§. 797. Il comodato è un contratto col quale si dà a un altro una cosa non fungibile onde servirse ne gratuitamente, e finito un tal uso restituirlo in natura (2).

§. 798. Dal che risulta: 1° che il comodato si dia per un uso certo e determinato, altrimenti direbbesi *precario* (3); 2° che se il comodante si facesse promettere un salario, il comodato si convertirebbe in contratto di locazione (4). Se si facesse promettere altra cosa passerebbe in contratto innominato *do ut des* (5); 3° che in questo contratto il vantaggio è del solo comodatario, e l'incomodo del comodante; 4° che nel comodato, a differenza del mutuo (6), non si trasferisce il dominio (7).

§. 799. Perchè il comodato si dà per un determinato uso (8), ne risulta: 1° che ordinariamente non possa rinvocarsi prima che l'uso finisca (9)(a); 2° che non possa il comodatario impiegare ad altri usi la cosa comodata, poichè in tal caso convertirebbe l'uso in furto (10) (b).

(1) Vedete il §. 781 colla nota corrispondente.

(2) *Commodatum est contractus, quo res non fungibilis gratis utenda ita traditur, ut finito eo usu eadem species restituatur*, §. 2, *Inst. h. t.*

(3) *Leg. 1. pr. Leg. 2, ff. de precar.*

(4) §. 2; *Inst. h. t. pr. Inst. de locat.*

(5) *Leg. 5, ff. de praesc. verb.*

(6) Vedete il §. 793 di questi Elementi.

(7) *Leg. 8, Leg. 9, ff. de commod.*

(8) Vedete il n° 1 del §. antecedente.

(9) *Leg. 17, §. 3. ff. Leg. 3, Cod. commod.*

(a) Ma questo deesi intendere in rigor di diritto, poichè l'equità richiede che se il comodante abbia bisogno della cosa sua, debba essere preferito al comodatario (*Recitaz.*).

(10) §. 6, et 7, *Inst. de obl. quae ex delict. nasc. Leg. 54, §. 1, ff. de furt.*

(b) Gellio rapporta un esempio maraviglioso di tale severità, e Valerio Massimo lib. 8, cap. 2, che un amico chiamato in giudizio per aver menato fino al prossimo monte un cavallo ricevuto a comodato fino ad Aria fu condannato come ladro (*Recitaz.*).

§. 800. Poichè il comodato allorchè interviene la mercede si converte in altro contratto (1), risulta 3° che se si accordi un onorario (a) la natura del contratto non si altera (2).

§. 801. Poichè l'utilità in questo contratto è del solo comodatario, e l'incomodo del comodante (3), risulta: 4° che il primo sia tenuto alla colpa lievissima, il secondo soltanto alla colpa lata (4); 5° che se il comodato sia vantaggioso a entrambi, questi sono reciprocamente tenuti alla colpa lieve (5) (*); 6° che se il contratto abbia luogo per vantaggio del solo comodante, il comodatario è tenuto alla sola colpa lata (6).

§. 802. Finalmente, perchè a differenza del mutuo nel comodato non si trasferisce il dominio (7), risulta 7° che se la cosa perisca per caso fortuito, perisce pel comodante (8), e il comodatario a niente è tenuto (9).

(1) Giusta il n° 2° del citato §. 798.

(a) L'onorario differisce dal salario o mercede, 1° perchè il primo si offre spontaneamente, il secondo si determina mercè convenzione; 2° il primo riguarda le opere liberali non valutabili con danaro, il secondo è relativo alle opere servili.

(2) *Arg. Leg. 6, pr. ff. mand.*

(3) Giusta il n.° 3° dell'anzidetto §. 798.

(4) *Leg. 5, 10, ff. commod.* Vedete il §. 788, di questi Elementi.

(5) *Leg. 18, pr. verso at si utriusque, ff. commod.* Vedete il n.° 2 del citato §. 788.

(*) Triboniano nel §. 2, *Inst. h. t.* dice, *is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare tenetur*. Ma nella legge 1, §. 4, *de O. et A.* sta scritto: *exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur*. Ottomano opinò doversi leggere nel testo delle Istituzioni *exactissimam*. Altri poi, meglio riflettendo, dissero che quel *sane* tenesse la medesima forza di *valde*. In fatti, che Triboniano con quelle parole *sane exactam* abbia voluto significare *exactissimam*, chiaro emerge dalle parole che soggiugne: *nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modus alius diligentior poterat eam rem custodire*.

(6) *Leg. 5, §. 10, ff. cod.*

(7) Come si è veduto nel quarto assioma del §. 798.

(8) *Leg. 28, in fin. Leg. 19, Leg. 20, ff. Leg. 1, Cod. commod.*, §. 2, *Inst. h. t.*

(9) Vedete il §. 785, 3° di questi Elementi.

§. 803. Dal contratto di comodato nascono due azioni che portano lo stesso nome del contratto, la *diretta* e la *contraria* (*comodati actio directa et contraria* (1).

§. 804. La *diretta* si dà al comodante contra il comodatario e suoi eredi a restituire identicamente la stessa cosa dopo finito l'uso (2), e risarcire i danni cagionati, anche per colpa lievissima (3).

§. 805. L'azione *contraria* si dà al comodatario contra il comodante e suoi eredi, ond'essere indennizzato (*ad indemnitatem*) (4): per esempio se avesse fatto delle spese considerevoli, o se per un difetto della cosa dal comodante occultato abbia il comodatario risentito danno, o se per essersi dimandata la restituzione della cosa pria di finir l'uso, abbia sofferto detrimento (5).

§. 806. 3° Il *deposito* è un contratto reale con cui taluno affida a un altro la custodia gratuita di una cosa mobile, acciò, in qualsivoglia tempo piacerà al depositante, gli si restituisca nella stessa specie (6).

§. 807. Da questa definizione derivano gli assiomi seguenti: 1° questo contratto è gratuito (a); 2° con esso non si trasferisce nè la proprietà, nè l'uso, ma la sola custodia della cosa (7) (b); Ordinariamente in questo contratto l'utile è tutto del depositante, l'incomodo del depositario (c).

§. 808. Dal primo assioma raccogliamo: 1° che il deposito può convertirsi in contratto di locazione o in contratto innominato, qualora c'inter venga un sala-

(1) Vedete il §. 782 *ivi*. (2) Vedete il §. 797, *ivi*.

(3) Vedete il §. 801, 4.°, *ivi*. (4) Rivedete il §. 782.

(5) *Leg. 17, §. 3, Leg. 18, §. 2, et 3, ff. commod.*

(6) *Depositum est contractus re initus, quo quis alteri rem mobilem ita gratis custodiendam tradit, ut quandocumque deponenti placuerit, eamdem in specie restituat, §. 3, Inst. h. t.*

(a) Altrimenti degenererebbe in contratto di locazione o in contratto *do ut des* (*Recitaz.*).

(7) *Leg. 1, pr. ff. depos. §. 3, Inst. h. t.*

(b) Altrimenti sarebbe o mutuo o comodato (*Recitaz.*).

(c) Per la ragione che è contratto gratuito (*Recitaz.*).

rio (1); 2° ma intervenendoci un onorario la natura del deposito non si altera (2).

§. 809. Dallo stesso assioma raccogliamo ancora, 3° che questo contratto possa aver luogo soltanto tra amici nella fede de' quali si ripone la massima fiducia e speranza: e perciò il dolo e la colpa lata del depositario sono notati d'infamia (3) (*).

§. 810. Dall'altro assioma del §. 807 risulta, 4° che il depositario commetta un furto di uso nel servirsi della cosa depositata (4); 5° che se si conceda espressamente l'uso di una cosa fungibile, il deposito si converte in mutuo (5); 6° che se l'uso della cosa fungibile depositata concedasi tacitamente, per esempio se la cosa non sia nè chiusa nè suggellata, il deposito diviene irregolare, tostochè il depositario cominci a servirsi della cosa (6).

§. 811. Finalmente, dal terzo assioma del §. 807 deducesi, 9° che il depositante sia d'ordinario tenuto alla colpa lata (7) (a); 8° che se il deposito sia irre-

(1) *Leg. 1, §. 8. 9, et 10, ff. depos.* Vedete il §. 798, 2° di questi Elementi. (2) *Leg. 2, §. 24, ff. de vi bon. rapt.*

(3) *Cicer. pro Rosc. Amer. cap. 39, Leg. 10, Cod. depos. Leg. 1, §. 1, ff. de his qui not. inf. §. 1, Inst. de poen. tem. litig.* Vedete il §. 789 di questi Elementi.

(*) Per legge delle XII Tavole chi usava dolo nel deposito era tenuto al doppio. *Si quis endo deposito dolo malo factum escit duplione luito*: così *Gotofredo ad Leg. XII. Tab. 3.* Vedete pure *Giano Vincenzo Gravina, de Legibus XII. Tab. 51.* Imperocchè il depositario doloso sembrava simile al ladro, *Leg. 13 ff. depos.* Quindi *Giovenale* chiamò il deposito *sacram.* Non solamente i Romani ma altre nazioni furono religiose nel serbare il deposito: degli Ebrei, *Exod. 22, 7*; de' Greci, *Erodot. 6, 37*; de' Cristiani, *Plinio, epist. 10, 97.*

(4) *§. 6, Inst. de obl. quae ex del.*

(5) *Leg. 24, Leg. 26, §. 1, ff. depos.* Vedete il §. 792 di questi Elementi. (6) *Leg. 1, §. 34, ff. eod.*

(7) *Leg. 1, §. 7, 16, 20 seq. ff. depos.* Vedete il §. 788, 1° di questi Elementi.

(a) Diciamo d'ordinario, poichè non v'ha dubbio che la cosa anderebbe altrimenti se il depositario si fosse altrimenti offerto (§. 788, 3°), o se il deposito si fosse trasformato in mutuo; poichè il mutuo è un'alienazione e per conseguenza il debitore si rende padro-

golare (1), o il depositario sia in mora di restituirlo, o siasi chiamato responsabile di qualunque avvenimento, il detto depositario risponde del caso fortuito (2).

§. 812. Il deposito si divide in *semplice* ch    quello di cui abbi    finora parlato, e in *miserabile* che ha luogo in caso di tumulto d'incendio di ruina di naufragio (3). Quest'ultima specie di deposito ha ci   di particolare, che qualora siavi dolo per parte del depositario o del suo erede, l'uno e l'altro saran tenuti al doppio (a); ma se il dolo deriv   dal defunto, l'erede pu   essere soltanto astretto coll'azione in *simplum*, ci    a restituir l'equivalente (4).

§. 813. Finalmente, affine al deposito, ma differente da esso,    il *sequestro*: 1   Il deposito per lo pi   (*) si fa da un solo e spontaneamente; il sequestro si fa anche a istanza di molti per controversie intorno alla propriet  , e delle volte loro malgrado per ordine del giudice (5) (b). 2   Il deposito si fa di qualunque cosa mobiliare, il sequestro di una cosa litigiosa si fa anche dell'immobile (6) (c); 3   Il deposito

ne; e il padrone soffrir dee il caso: perci      che lo stesso necessariamente accade ove il deposito si converta in mutuo. (*Recitaz.*).

(1) *Leg. 24, ff. depos.* Vedete la 4a e 5a conseguenza del §. antecedente. (2) Vedete il §. 785, 3   di questi Elementi.

(3) *Leg. 1, §. 1, ff. depos.*

(a) Essendo cosa doppiamente turpe di aggiugnere afflizione all'affitto (*Recitaz.*). (4) *Dicta Leg. 1, §. 1, ff. depos.*

(*) *Semper* dice l'autore, ma    chiaro ci   non essere esatto.

(5) *Leg. 7, §. fin. ff. qui satisd. cod.*

(b) Ma soltanto nel timore imminente di fuga, *Leg. 7, §. ult. ff. qui satisd. cog.*; o di dilapidamento, *Leg. 12, §. ult. ff. de adpell.*; o di invasione del nemico, o di altre cagioni pi   gravi, *Leg. ult. fin. Cod. quibus ad lib. Leg. 5, ff. quorum adpell. non recip. Leg. 20, §. 1, C. de agric. et censit.* Qui si riferisce una specie curiosa, *cap. 14, X de sponsal.*, in cui trattasi del sequestro di una sposa, che avea dato parola di matrimonio a due uomini. Tranne questi casi il sequestro di una cosa litigiosa    vietato, *Leg. un. Cod. de prohib. sequestr. pec.*

(6) *Leg. 110, ff. de verb. sign.; Leg. 5, Cod. quorum adpell. non recip.*

(c) Anzi qualche volta anche sulla persona. Bello    il caso riportato nel *Cap. 14, X, de sponsalibus*, che una sposa, la quale

trasferisce al depositario la sola custodia della cosa; il sequestro trasferisce al custode il possesso e la cura della cosa sequestrata (1).

§. 814. Finalmente da questo contratto nascono ancora *due azioni* del medesimo nome di esso, cioè l'*azione diretta* e la *contraria* (*depositi actio directa*, *depositi actio contraria*) (2).

§. 815. L'azione diretta si dà al depositante contra il depositario o suoi eredi acciò si restituisca la cosa depositata *in specie* con tutti gli accessori (3), e si rifaccia il danno cagionato per dolo o per colpa (4). A questa azione non può opporsi nè l'eccezione della compensazione, nè quella del dolo, nè quella per lo diritto che si ha sulla cosa depositata (5); e molto meno può il depositario valersi del diritto di ritenzione, sebbene i giureconsulti lo accordino per le spese necessarie fatte sulla cosa depositata (6).

§. 816. L'azione contraria si dà al depositario contra il depositante e i di costui eredi per l'indennità (7).

§. 817. Similmente nel sequestro, terminato il litigio, l'azione diretta del sequestro (*actio sequestraria directa*) si dà a colui che ha guadagnato contra il sequestrante o il di costui erede per la restituzione della cosa sequestrata, con ogni causa (8). L'azione contraria si dà al sequestrante contra colui che ha guadagnato, per avere l'indennità (9).

§. 818. 4° Il *pegno* si costituisce col contratto. Stabilito in tal modo e consegnato produce il diritto nella fece due sponsali, facendo istanza il primo sposo e durante la lite sia stata sequestrata in un monastero o presso un'onesta matrona, affinchè il secondo non avesse tramata insidia alla di lei pudicizia (*Recitazione*).

(1) *Leg. 17, §. 1, ff. depos. dict. Leg. 5, Cod. quorum adpell. non recip.* (2) Vedete il §. 782 di quest'opera.

(3) Vedete il §. 807, *ivi*. (4) Vedete il §. 811, *ivi*.

(5) *Leg. pen. C. de depos. Leg. ult. §. 1, Cod. de compens.*

(6) *Leg. 11, Cod. depos.*

(7) *Leg. 5, pr. ff. depos.* Rivedete i citati §§. 782 e 811.

(8) *Leg. 5, §. 1, Leg. 12, §. 2, ff. depos.*

(9) *Leg. 5, §. 2, ff. depos.*

cosa, e del pari che l'ipoteca lo costituisce colla sola convenzione e senza tradizione (1), Da questo diritto nasce l'azion reale *serviana* e la *quasi-serviana* o *ipotecaria*. Colla prima il locatore di un predio rustico agisce contra il colono o contra qualunque possessore: colla seconda il creditore agisce contra il debitore o contra qualunque possessore a fin di riscuotere le cose pignorate (2).

§. 819. Qui il pegno non si prende per un *diritto nella cosa*, ma per lo contratto che lo costituisce; e perciò potrebbe definirsi *un contratto reale con cui si dà la cosa al creditore per sicurezza del credito, a condizione che pagato il debito, dovesse la cosa restituirsi nella medesima specie* (3).

§. 820. Dunque: 1° si può dare in pegno tutto ciò che rende sicuro il creditore (4) (a). 2° Con questo contratto non si trasferisce l'uso, ma il possesso e la custodia, e perciò si richiede la tradizione (5) (*). 3°

(1) Vedete il §. 334 e la nota seconda del §. 339.

(2) §. 7, *Inst. de action.*

(3) *Pignus definiri poterit, quod sit contractus re initus, quo creditori res. ita traditur in securitatem crediti, ut, soluto debito, eadem in specie reddatur*, §. ult. *Inst. h. t.*

(4) *Leg. 9, §. 2, ff. de pign. act.*

(a) E siccome offrono sicurezza quelle cose le quali hanno un prezzo, così è chiaro che le cose sacre e le altre che non sono in commercio non si possono dare in pegno (*Recitaz.*).

(5) §. 2, *Inst. h. t.*

(*) Anticamente al contratto del pegno spesso aggiugnvasi la fiducia, in forza di che non trasferivasi nel creditore il semplice possesso, ma anche il dominio; giacchè il debitore *mancipabat pignus* al creditore, ossia *in jure cedebat*, con tal legge che restituito il danaro, *illud sibi remancipavit*. Così abbiamo da *Isidoro*, *Orig. V. 21*. Della *fiducia* solita ad apporsi ne' contratti pignoratizii, ne abbiamo menzione presso *Paolo*, *Sent. II, 13*, e presso *Cajo Inst. l. 6, 3*, ma non già presso *Giustiniano*. *Cujacio* nel citato luogo di *Paolo* ne adduce la ragione, perchè le *fiducie* si eran tolte dalla Costituzione di *Costantino* nella *leg. ult. Cod. de pact. pign.*, dove però questi fa menzione della legge commissoria dei pegni, non già della *fiducia*; e che questa fosse durata più tempo dopo l'imperador *Costantino* ce ne fa testimonianza *Ambrogio* nel *lib. de Tobia*, c. 12; *Arcadio* nella

Il contratto del pegno è in vantaggio di entrambi i contraenti (1) (a).

§. 821. Dal primo assioma se ne deduce: 1° che possano darsi in pegno le cose sì corporali che incorporali (2); 2° le cose mobili e immobili; 3° le cose proprie e le cose altrui, purchè il proprietario presti il consenso o la ratiabizione (3) (b); 5° ma non le cose fuori commercio (4); 5° nè le cose litigiose (5).

§. 822. Dal secondo assioma risulta: 6° che il creditore non possa servirsi del pegno, purchè non siavi apposto il patto *anticretico* cioè di servirsi dell'oggetto pignorato per tener luogo d'interessi (9) (c); 7° che tra il pegno e l'ipoteca ci sia grandissima differenza (7) (d).

leg. 9, Cod. Th. de infirm. his quae sub. tyrann., e *Sidonio Apollinare*, lib. 4. E fa meraviglia come Cujacio per pruova del suo assunto citi gli stessi autori. È più verisimile che *Giustiniano* avesse tolte le fiducie, allorchè tolse la distinzione delle cose *mancipi* e *non mancipi*, e parimenti del dominio *quiritario* e *bonitario*, *tit. Cod. de usuc. transform. et sublat. different. rer. manc.* come pure *tit. Cod. de nud. jur. quirit. toll.* V. *Gotofredo* nella *Leg. un. Cod. Theod. de commissor. rescind. Salmas. de mod. usur. c. 13*, *Noordt Obs. 11, 7, et 8*, e *Ant. Sculting. in Paul. tit. cit.*

(1) §. ult. *Inst. h. t. Leg. 5, §. 2, ff. de commod.*

(a) Del creditore, perchè si rende sicuro dell'adempimento della obbligazione; del debitore perchè così più facilmente ritrova il danaro (*Recitaz.*).

(2) *Leg. 11, §. 2, ff. de pig. Leg. 4, C. quae res pign. dari.*

(3) *Leg. 20, pr. ff. de pign. act.*

(b) Altrimenti avrà questi sempre il diritto di rivendicar la cosa dalle mani di qualunque possessore (*Recitaz.*).

(4) *Leg. 9, §. 1, ff. de pign. et hypoth.*

(5) *Dict. Leg. 1, §. 2, ff. quae res pig. Leg. 3, Cod. cod.*

(6) *Leg. 11, §. 1, ff. de pign. et hypoth.*

(c) Ma questo patto aggiunto è molto molesto al creditore, poichè sarà tenuto a rendere i conti, a restituire i frutti percepiti al di là degl'interessi legittimi, affinchè non si commetta il vizio dell'usura. Certuni dicono che piuttosto si trasferisca al creditore il dominio col patto della ricompra, e così sarà liberato dal peso di render conto: ma sarà intanto gravato da un peso maggiore, di rispondere cioè de' casi fortuiti. Intanto non dee render conto di tutti i frutti, ma solo di alcuni determinati la quantità de' quali è la stessa in tutti gli anni (*Recitaz.*).

(7) *Leg. 9, §. 2, ff. pig. act.*

(d) Imperocchè 1° il pegno si costituisce in virtù di contratto,

§. 823. Dal terzo emerge, 8° che entrambi i contraenti sieno tenuti alla colpa lieve (1) (a).

§. 824. Da questo contratto nasce pura la doppia azione pignoratizia, cioè la *diretta* e la *contraria* (2).

§. 825. L'azione pignoratizia diretta, quando il debito è pagato (3), si dà al debitore contra il creditore e suoi eredi per la restituzione della cosa pignorata (b) con tutte le cause, e per lo ristoro del danno cagionato anche per colpa lieve (4).

§. 826. L'azione pignoratizia contraria si dà al creditore contra il debitore e suoi eredi per aver la sua indennità (5): per esempio, se il creditore abbia fatto delle spese sulla cosa pignorata, se abbia sofferto danno, se siasi pignorata la cosa aliena (6).

e l'ipoteca col patto che il pretore sostiene (§. 777). 2° Il pegno si effettua colla tradizione; e l'ipoteca affetta la cosa senza che siavi bisogno di tradizione, §. 7, *Inst. de act. Leg. 9*, §. 2, *ff. de pign. act. Leg. 238*, §. 2, *ff. de verb. sign.* Del rimanente, tanto dal pegno, quanto dall'ipoteca nasce un diritto reale (*Inst. e Recitaz.*).

(1) *Leg. 5*, §. 2, *ff. commod. Leg. 25*, *ff. Leg. 5*, *Leg. 7*, *Cod. de pign. act.* cui non osta la *Leg. 13*, §. 1. *ff. eod.*

(a) Sembrava una volta che gravemente a ciò si opponesse la legge 13, §. 1, *ff. de pign. act.*, ove Ulpiano dice; *venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in comodato: venit et custodia, vis major non venit.* Ma Gerardo Nood corresse questo testo col cambiare una sola lettera, leggendo *at* (ma) in vece di *ut* (come); cioè *venit in hac actione et dolus et culpa; at in comodato venit et custodia, vis major non venit.* Del resto, in un sol caso il creditore sarà tenuto alla colpa lievissima, quando cioè si è impadronito della cosa di propria autorità (*Recitaz.*).

(2) §. ult. *Inst. h. t. Leg. 3*, *Leg. 8*, *Leg. 9*, *pr. ff. de pign. act.* Vedete il §. 782 di questi Elementi.

(3) Vedete il §. 819 *ivi.*

(b) E pure se il debitore avesse pagato il debito può il creditore rifiutar la restituzione del pegno al suo debitore *jure retentionis*, qualora abbia costui contratto un nuovo debito, *tot. tit. Cod. etiam ob chirogr. pecun. pign. tenere posse.*

(4) §. ult. *Inst. h. t.* Vedete il §. 823 di questo titolo.

(5) Vedete il §. 783 di quest'Opera.

(6) *Leg. 3*, 8, 9 et 36 *ff. de pign. act.*

TITOLO XVI.

Delle obbligazioni verbali.

SOMMARIO.

§. 827 Come si perfezionano i contratti verbali -- 828 Tre specie di contratti verbali per diritto antico -- 829 Definizione ed etimologia della stipulazione: chi è lo stipulante, e chi il promittente -- 830 Stipulazione certa e stipulazione incerta -- 831 Stipulazioni fatte puramente, sotto condizione e a termine -- 832 Assiomi intorno alle stipulazioni -- Altri assiomi intorno alle medesime -- 834 Azioni che dalle stipulazioni risultano -- 835 A chi si concedono -- 836 Obbligo di colui che ha promesso un fatto -- 837 Se sieno o pur no dovuti i danni-interessi in caso d'inadempimento del fatto promesso -- 838 L'imperator Leone colla legge 10 *Cod. de contr. stip.* non ha potuto abrogare la differenza tra il patto e la stipulazione.

§. 827. Siccome i *contratti reali* prendono la loro sostanza non dal solo consenso, ma colla tradizione della cosa (1), così le *obbligazioni delle parole*, o sieno i *contratti verbali*, si perfezionano non col consenso, ma colla solennità delle parole.

§. 828. Anticamente tali contratti erano al numero di tre: *l'assegnamento della dote* (*solemnis dotis dictio*) (a); *la promessa delle opere fatta dal liberto e confermata con giuramento* (*promissio operarum a liberto facta, firmatueque jurejurando*); e la stipulazione (*stipulatio*) (s). È poichè nel corpo del diritto trattasi dalla sola stipulazione (*), unicamente su questa ci fermeremo a ragionare.

(1) Vedete il §. 790 di questi Elementi.

(a) La dote o *si dava*, se sugellata depositavasi presso gli auspici, SVETON. *Claud. cap. 21*; o *si prometteva* rispondendo alla stipulazione, PLAUT. *Trin., act. 5, scen. 2, v. 36, seq.*; o *dichiaravasi* con parole solenni, ma diverse dalla stipulazione, quali son forse le seguenti espressioni presso TERENCE *Andr. act. 5, scen. 4, v. 47. La dote, o Panfilo, è di quindici talenti. Pan. Io l'accetto.* Vedete le nostre *Antiquitates Romanæ lib. 2. tit. 7, §. 4, seq.*

(s) *Cajo, Inst. L. 2, tit. 9, §. 3, seq. Ulp. Fragm. tit. 6, §. 1, seq.*

(*) Nelle Pandette spesso si fa menzione della giurata promessa del liberto, ma non se ne conosce la formula, perchè già molto tempo prima di Giustiniano fu riputata sufficiente la stipulazione, *Leg. 3, pr. Leg. 5, ff. de oper. libert. Leg. 44, pr. ff. de libert. caus.* Così il nostro autore nelle note a Vinnio *h. t.*

§. 829. *La stipulazione (*) è un contratto unilaterale con cui taluno, congruamente e all'istante rispondendo all'altrui interrogazione, è obbligato a fare o a dare ciò che interessa allo stipulante (1) (**).* Imperocchè, siccome in diritto romano la nuda promessa di una cosa futura non produceva obbligazione (2), così s'inventò la stipulazione con cui chi prometteva una cosa futura era obbligato. (3).

§. 850. E poichè si può promettere qualche cosa di certo, come una specie, una quantità; o qualche cosa d'incerto, come un genere, un fatto: così la stessa stipulazione è certa o incerta (4).

§. 851. E siccome può promettersi o puramente, o sotto condizione, o a tempo determinato, così la

(*) Diverse sono le opinioni intorno all'etimologia della parola *stipulatio*. Triboniano *pr. Inst. h. t.* la deduce *quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens*: fu pur questo il sentimento di Paolo, *Sent. 5, 7 pr.* E nella glossa basilica *στυπυλός* val lo stesso che *firmum*. Altri fan derivare la parola *stipulatio* a *stipe*, perchè la stipulazione per lo più cadeva circa *stipem*, *id est pecuniam*, *Varr. de LL. 4, 16, E Festo v. stipem: stipem dicebant pecuniam signatam, quod stiparetur. Ideo stipulari dicitur qui interrogatus spondent stipem, id est as.* E finalmente Isidoro, *Orig. 6, 24.* deduce l'etimologia a *stipula*, perchè, ei dice, *veteres quando sibi aliquid promittebant stipulam tenentes, frangebant, quam iterum jungentes, sponsiones agnoscebant.* Se dovessimo prestar fede a questo autore, verremmo in cognizione di un rito notabile usato nella stipulazione; ma poichè di sì fatto rito niuna menzione abbiamo presso altri scrittori latini, perciò discostar non ci dobbiamo dall'etimologia insegnarci da Paolo e da Triboniano. E veramente i patti nudi erano confirmati dalla stipulazione; il che vien comprovato dalla *Leg. 71, ff. pro soc. e dalla Leg. 88 de solut.*

(1) *Stipulatio est contractus unilateralis, quo quis ad alterius interrogationem congrue et in continenti respondendo, ad dandum aliquid, vel faciendum, quod alterius interest, obligatur, Leg. 5, §. 1, ff. de verb. obligat.*

(**) Onde Pomponio la definisce con simili parole: *stipulatio est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum, facturumve se quod interrogatus est, responderit.*

(2) Vedete il §. 774 di questi Elementi.

(3) *Pr. Inst. h. t. Leg. 27, Cod. de pact.*

(4) *Leg. 74, ff. de verb. obl. pr. Inst. cod.*

stipulazione divideſi in *pura*, *condizionale* e *in diem conceptam*, val dire *a tempo determinato* (1) (a).

§. 832. Su tali differenze uopo è oſſervare i ſeguenti aſſiomi: 1° ſe la ſtipulazione è *pura*, il giorno ſcade e viene immediatamente (*dies et cedit ſtatim et venit*) (2) (b). 2° Quando ſi appone una condizione poſſibile, pendente la condizione il giorno nè ſcade nè viene (*nec cedit, nec venit*) (3) (c). 3° La condizione impoſſibile vizia intieramente la promeſſa (4) (d). 4° Se la coſa è promeſſa a datar da un giorno certo, il giorno cede ma non viene ſe non quando è ſcaduto (5). 5° Se la coſa è promeſſa fino a un giorno determinato, il giorno cede ſubito, viene ſubito, e l'obbligoſione ſi perpetua, ma ſcaduto il giorno ſi elide colla eccezione (6). 7° Il giorno incerto, del quale

(1) §. 2, §. 4, *knst. Leg. 73. pr. ff. h. t.*

(a) Ma eſſendoci di ciò parlato nel titolo de' legati non è d'uopo ripetere ciò che abbiám già detto. Paſſiamo piuttosto agli aſſiomi intorno alle ſtipulazioni, i quali ſi contengono ne' due ſeguenti paragrafi (*Recitaz.*).

(2) *Leg. 213, ff. de verb. ſign.*

(b) L'aſſioma in ſe è facile, poichè la condizione ſoſpende. Ove non ci ſia condizione l'effetto della medeſima non può eſſere ſoſpeſo. Nulladimeno la ſeconda parte dell' aſſioma ſi deve intendere civilmente, nel ſenſo che tanto ſpazio di tempo laſciar conviene a colui che promette, quanto è neceſſario a poterſi procurar la coſa (*Recitaz.*). (3) *Dicta Leg. 213, ff. de verb. ſign.*

(c) La condizione concepita pel tempo preſente o pel tempo paſſato propriamente parlando non è condizione (§. 549). Quindi è che la medeſima non ſoſpende l'obbligoſione, ma o la rende immediatamente nulla, o immediatamente le fa aver luogo: per eſempio: *Dabisne ſi Titius conſul fuit?* Se Tizio fu conſole, la ſtipulazione è immediatamente valida; ſe non lo fu, è immediatamente nulla, §. 6. *Inst. de verb. obl.* (§. 545, nota).

(4) §. 1, *Inst. de inutil. ſtipulat. Leg. 7, Leg. 26, Leg. 26, Leg. 27, pr. Leg. 123, ff. h. t.* Vedete la nota del §. 549 di queſti Elementi.

(d) La ragione di queſto aſſioma l'abbiamo eſpoſta di ſopra (§. 649.); perchè chi da il conſenſo a una condizione di tal fatta, moſtra o di eſſer pazzo o di voler ſcherzare (*Recitaz.*).

(5) §. 2, *Inst. h. t.*, §. pen. *Inst. de inutil. ſtipulat. dict.*; *Leg. 213 ff. de verb. ſign.*

(6) §. 3, *Inst. h. t.*; *Leg. 44, §. 1, ff. de obl. et act.*

la esistenza è indeterminata riguardasi come condizione (1) (a). 8° Avveratasi la condizione ne' contratti, si retrotrae al principio (2), tutt'altro essendo ne' legati (3) (b).

§. 833. Nè men notabili sono i seguenti assiomi: 8° non può doversi a tempo (4). 9° La stipulazione costa d'interrogazione e di conveniente risposta (5) (c); 10° La condizione negativa (tutt'altro essendo nelle eredità e ne' legati, come si vide nella nota del §. 637) sospende l'adempimento fino alla morte del promittente. Sicchè se taluno stipulasse: *se non salirò sul Campidoglio, prometti di darmi la tal cosa?* sarebbe lo stesso che se avesse stipulato di riscuotere la promessa alla morte del promittente (6) (d). 11° Dalla stipulazione nasce la speranza che si trasmette agli eredi, sebbene colui al quale è dovuta sotto condizione sia morto prima che questa siasi avverata (7) (e).

(1) *L. 75. ff. de cond. et dem.* Vedete il §. 632.

(a) Poichè la cosa è sospesa da un avvenimento incerto, egualmente che se si sia promesso sotto condizione. Qual differenza vi è se io dica ti darò 100 nel giorno in cui sarai console, o se dica: ti darò 100 se sarai console? (*Recitaz.*).

(2) *Leg. 11, §. 1, ff. qui pot. in pign.*

(3) *Leg. 18, ff. de regulis juris.*

(b) Per esempio, se taluno ha promesso 100 a un figlio di famiglia pel tempo in cui prenderà moglie, que' 100 sono acquistati dal padre in quanto all'usufrutto, quantunque il figlio prendendo moglie sia stato emancipato (*Recitaz.*).

(4) §. 3, *Inst. h. t.* Vedete il §. antecedente. n° 5.

(5) §. 1 *Inst. h. t.*

(c) Non vale dunque la stipulazione se altro siasi interrogato e altro risposto; o se nella risposta siasi aggiunta qualche cosa, la quale non sia stata interrogata (*Recitaz.*). (6) §. 4, *Inst. h. t.*

(d) Ma perchè nella parentesi abbiain detto esser ciò diversamente ne' legati? Perchè il legatario prima della morte del testatore non ha diritto acquisito che possa agli eredi trasmettere: lo stipulante poi ha un tal diritto in virtù del consenso. Onde, illegittima è quella ragione che certi adducono, cioè che sia quasi minore l'affetto verso l'erede di quello verso lo stipulante (*Rec.*).

(7) §. dicto §. 4, *Inst. h. t.*

(e) L'opposto si pratica nell'eredità e ne' legati sotto condizione; imperocchè sì le une che gli altri non si trasmettono agli

12° Niuno può colla sua promessa obbligare un altro (1) (a). 13° Niuno può per altri stipulare (2), che per sè, tranne se abbia interesse che a quest'altro si dia o si faccia (3) (b).

§. 834. Dalla stipulazione come contratto unilaterale (4) nasce una sola azione (5) della stessa denominazione, cioè *actio ex stipulatu* (6): comunemente (7) se dimandasi una cosa certa, l'azione chiamasi *condictio certi* (azion personale in ragione di una cosa certa); se una cosa indeterminata, l'azione dicesi *condictio ex stipulatu* (azione personale in virtù della stipulazione) (8) (c).

§. 835. L'una e l'altra si dà allo stipulante contra il promittente e a' di costui eredi, ad oggetto di dare o fare ciò che promise (d).

§. 836. Imperocchè, sebben ordinariamente si dica che chi ha promesso un *fatto* è sciolto dalla sua obbligazione pagando i danni interessi, ciò non risulta però dal testo delle leggi (9). Vero è che chi non ha

eredi delle persone chiamate, se il legatario o l'erede morisse pria che la condizione fosse esstita (§. 469, 6.º *Leg. un.* §. 7, *C. de caduc. toll.*). (1) §. 3, *Inst. de inutil. stipul.*

(a) Vedete la nota seguente. (2) §. 4, *Inst. eod.*

(3) §. 19, *Inst. eod.* Vedete il §. 829 di questi Elementi.

(b) Perchè la stipulazione è stata inventata per consolidare le obbligazioni (§ 829), e nessuna stipulazione o obbligazione si estende al di là della persona, nè produce obbligazione contra un terzo (§ 778). (*Recitaz.*). (4) Rivedete il §. 829.

(5) Vedete il §. 782 (6) *Leg.* 83, §. 6, *ff. de verb. oblig.*

(7) Secondo il principio *Inst. h. t.* malamente capito.

(8) *V. il.* §. 830 *h. t.*

(c) Ma ognun vede che sempre si agisce in forza della stipulazione, o che si tratti di cosa certa o che si tratti di cosa incerta; e che queste aggiunzioni si son fatte a solo fine di farne conoscere la differenza (*Recitaz.*).

(d) Con sì fatte azioni si domanda la prestazione della cosa o del fatto come dicesi nel testo, ma non gl'interessi, i quali, come altrove si disse, non son dovuti in un contratto di stretto dritto se non sieno stati specialmente promessi. (*Recitaz.*).

(9) Queste leggi sono; *Leg.* 71, *pr.* *Leg.* 75 §. *fin.*, *Leg.* 91, *Leg.* 112, §. 1, *ff. de verb. oblig.*; *Leg.* 13, §. *fin.* *de judic.*; *Leg.* 71, §. 2, *ff. de cond. et dem.*

eseguito a tempo debito un fatto promesso può esser astretto a' danni-interessi, ma in niun testo di legge rinviensi non poter esser astretto all'adempimento del fatto, o restarne esentato offrendo i danni-interessi (1).

§. 837. Quindi da ciò che Giustiniano dice, di esser cioè utile alle stipulazioni del fatto l'aggiunzione di una pena convenzionale (2), non ne risulta che chi promise il fatto non sia rigorosamente tenuto all'adempimento di esso, ma bensì che essendo la maggior parte de' fatti di valutazione incerta, nel caso d' inesecuzione riescirebbe molto difficile la liquidazione de' danni-interessi qualora lo stipulante volesse agire.

838. Finalmente, sebbene l'imperador Leone avesse abolita la solennità delle parole (3), non abolì però l'interrogazione e la conveniente risposta, nè per conseguenza la distinzione tra il patto e la stipulazione. Ma le nazioni di origine Germanica giammai si servirono di queste formule, nè fanno al presente alcuna differenza tra i patti e le stipulazioni; ma ne' due casi accordano l'azione, siavi o no stata l'interrogazione e la congrua risposta (4).

TITOLO XVII.

De' due rei stipulanti e de' due rei promittenti (*).

SOMMARIO.

§. 839 Regola generale per le obbligazioni che si contraggono fra due o più promittenti, e due o più stipulanti -- 840 Eccezione alla regola generale -- 841 Spiegazione del vocabolo *rei* -- 842 Promittenti solidali -- 843 Stipulanti solidali -- 844 Uso odierno per le stipulazioni -- 845 Effetti dell'obbligazione solidale -- 846 Altri effetti della stessa -- 847 Azioni che da questa obbligazione risultano.

§. 839. Non solamente una persona stipula o promette, ma anche più persone talora stipulano o pro-

(1) Vedete Cujacio sulla *Leg. 72, h. t.*; Coras, *Miscell. lib. 2, cap. 3*; Ubers, *Praelect. ad Inst. h. t. §. 5*; Tommasio, *diss. singolari, an qui factum promisit, liberetur, praestando id quod interest.*

(2) §. ult. *Inst. h. t.*

(3) *Leg. 10; C. de contr. stipul. §. 1, Inst. h. t.*

(4) Vedete la nota del §. 777 di quest'opera.

(*) L'epigrafe di questo titolo nell'originale è il seguente: *de*

mettono solidalmente qualche cosa: in quest' ultimo caso vale la regola: *Se due o più persone promettono, ovvero se a due o a più persone si promette, ciascuno per la sua parte o è obbligato o obbliga* (a).

§. 840. Questa regola va però soggetta ad eccezione; imperocchè, se coloro che promettono sono debitori *solidali* (*rei promittendi*), l'obbligazione non è tra essi divisa, ma ciascuno è tenuto per la totalità. E se coloro cui si è promesso sono creditori *solidali* (*rei stipulandi*), la totalità è dovuta a ciascuno (1).

§. 841. Il vocabolo *rei* o *correi*, qui dinota in particolare coloro da' quali si domanda la cosa, e in generale i proprietari attori (2). Sicchè e l'attore e il convenuto chiamansi col vocabolo comune *rei* (3); e perciò i giureconsulti han creduto poter con tal nome chiamare i promittenti e gli stipulanti (b).

§. 842. I promittenti solidali (*rei promittenti*) son dunque coloro che interrogati tutti con una medesima proposizione, con congruente risposta promettono, ciascuno per la totalità, di fare o di dare (4):

duobus reis stipulandi vel promittendi. Il nostro giureconsulto A. Lanzellotti nel riordinare gli Elementi del diritto civile di Bruno tradusse. « *Degli stipulanti e promettenti solidali* ». Nello sviluppo degli articoli seguenti si avrà occasione di osservare quanto giudiziosa sia siffatta traduzione.

(a) *Si duo pluresve promittunt, vel duobus pluribusve promittitur, singuli pro parte et obligantur, et jus ex ea stipulatione adquirunt*. Leg. 11, §. 1, et 2, ff. h. t. Così per esempio, se io e mio fratello abbam promesso 100, ciascun di noi deve dare 50; e se 100 sono stati promessi a me e a mio fratello, a ciascun di noi son dovuti 50. Sicchè ogni obbligazione contratta fra più promittenti e stipulanti si divide fra loro di pieno diritto (*Rec.*).

(1) §. 1, *Inst. Leg. 2, Leg. 3, §. 1, ff. h.*

(2) *Cicerone, lib. 2, de Orat., cap; 43 e 79.; Fest. alla voce reus.*

(3) *Leg. 5, pr. v. conventionales, ff. de verb. obligat.*

(b) Se promettono in solido si dicono *rei* di promessa o promittenti solidali. P. e. Tizio e Sejo promettiamo che noi, entrambi come uno e uno come entrambi, e perciò tutti due in solido, dobbiam pagar cento. Veggasi il §. seguente onde conoscere come si contrae l'obbligazione solidale (*Recitaz.*).

(4) *Pr. Inst. Leg. 1, Leg. 2, Leg. 3 §. 1, Leg. 4. ff. h. t.*

per esempio, presso Plauto (1), Lisitele interroga: *mi prometti con tal legge (con questa dote) di darmi per moglie la tua figlia?* *Istac lege (cum ista dote) filiam tuam spondesne mihi uxorem dare?* Callide risponde: *lo prometto, (spondeo)*. E Carmide soggiugne: *e io prometto pure lo stesso. (et ego spondeo idem hoc)*. Dunque Callide e Carmide erano due compromittenti solidali (*duo rei promittendi*), almeno rispetto alla dote.

§. 843. Gli stipulanti solidali (*rei stipulandi*) sono quelli che stipulano per essi la stessa cosa, ciascuno separatamente, e a' quali il debitore promette che la darà o la farà (2): per esempio, se Tizio dimandasse: *prometti di darmi mille Filippi?* (*Spondesne mihi dare mille Philippum?*). E Mevio: *Spondesne mihi dare idem mille Philippum?* E Sempronio rispondesse: *prometto di darli a ciascun di voi (utique vestrum dare spondeo)*, Tizio e Mevio sarebbero due correi stipulanti (3).

§. 844. Al presente, senza la solennità delle interrogazioni e delle risposte, lo stesso effetto sussiste (*correi fiunt*) (4).

§. 854. E poichè i correi promittenti sono solidalmente tenuti (5), ne risulta: 1° che ciascuno possa esser solidalmente astretto (6)(a); 2° che qualora da uno de' correi si adempisse in una maniera qualunque all' obbligazione, questa rimane estinta per tutte (7)(b); 3° che essi non godano del beneficio della divisione,

(1) *In Trin. Act. 5, scen. 3, v. 39.*

(2) §. 1, *Inst. Leg. 1, ff. h. t.* (3) *Pr. Inst. h. t.*

(4) Vedete il §. 838, nel titolo antecedente.

(5) Vedete il §. 840 in questo titolo.

(6) §. 1, *Inst. Leg. 3, §. 1, ff. h. t.*

(a) Val dire non è necessario che entrambi sieno da me citati in giudizio, ma è in mio arbitrio l' agire o contra l'uno o contra l'altro (*Recitaz.*). (7) *Leg. 2, Leg. 3, §. 1, ff. h. t. Leg. 20, ff. ad SC. Vellejan. Leg. 16, pr. ff. de acceptilat.*

(b) Sicchè, se uno de' creditori solidali è stato soddisfatto dell'intero, niuno degli altri ha più diritto di agire (*Recitaz.*).

nè anche per diritto novissimo, se non nel caso in cui i correi sieno fra loro reciprocamente fidejussori, *Novel. 99*, cap. 1 (a).

§. 846. Al contrario, siccome la totalità è dovuta a ciascuno de' rei stipulatori (1), risulta 4° poter ciascuno esigere l'intero (b); 5° ma se uno di essi sia stato in qualunque modo soddisfatto, il diritto degli altri rimane estinto (2) (c).

§. 847. E poichè questo affare si passa tra lo stipulante e il promittente, e non tra gli stessi correi, e l'obbligazione non si estende al di là della persona (3), risulta 6° che qualora uno de' promittenti abbia pagato, non ha azione contra il correo (4), purchè non sieno in comunione, o non abbia fatto cedere i diritti del creditore (d); 7° che il correo stipulante cui si è fatto il pagamento non sia astretto a farne partecipe l'altro correo (*non cogi cum correo partem communicare*), se non ne' due seguenti casi, cioè 1° essendo socii, o pure 2° se così siasi tra essi convenuto (5).

(a) Quindi si fatta Novella 99, deroga soltanto alla *Leg. 11*, *pr. ff. h. t.* ove Papiniano dice non competere il beneficio della divisione a' *correi promittenti*; i quali sieno fra loro reciprocamente fidejussori. Erroneamente però i giureconsulti estesero una tal Novella a tutti i *correi promittenti*; e questo errore campeggia quasi in tutto il foro per l'*Autentica hoc ita*, *C. h. t.*, sebbene diversissima sia autorità sua.

(1) Rivedete il §. 840 in questo titolo.

(b) Quindi se a me e a mio fratello sono dovuti 100 in solido, e io dimando tutta questa somma, l'altro non può sostenere non esser dovuta a me soltanto, per la ragione che si deve la totalità (*Recitaz.*). (2) *Leg. 2*, *ff. h. t.* *Leg. 31*, §. 1, *de novat.*

(c) Perchè il debitore ha liberato i suoi condebitori pagando ad uno di essi (*Recitaz.*).

(3) V. il §. 768.

(4) *Leg. 36*, *ff. de fidejuss.*

(d) Ma però facilmente si scorge che il correo pagando anche senza essere nè socio nè cessionario, ha l'azione *negotiorum gestorum* contraria e utile: imperocchè nel pagare per lo correo e nell'esentarlo, viene a trattare utilmente i suoi affari, ed ha perciò dritto di dimandare l'indennità. Ed in tal modo può intendersi la *L. 2*, *C. h. t.*

(5) *Leg. 62*, *pr. ff. ad Leg. Falcid.*

TITOLO XVIII.

Della stipulazione dei servi.

S O M M A R I O.

§. 848 Colla stipulazione il servo acquista pel suo padrone -- 849 Corollarii che da questo principio risultano -- 850 Eccezione alla regola di cui si tratta -- 851 Usi odierni.

§. 848. Il servo non è persona (1) e non acquista per sè ma pel suo padrone (2) (*): dunque pur colla stipulazione egli acquista unicamente a profitto del suo padrone, perchè non ha diritto di stipulare che per la costui persona (3).

§. 849. Dal che risulta: 1° che stipulando il servo o per sè o pel padrone o per un altro servo dello stesso padrone (*conservo*), o senza indicar persona, acquista sempre pel suo padrone (4); 2° che il servo comune a due padroni, stipulando, acquista per ciascuno di essi in proporzione del loro diritto di proprietà, purchè non abbia stipulato nominatamente o per ordine di un solo (5); 3° che il servo ereditario colla sua stipulazione acquisti per la eredità, la quale prima dell' adizione rappresenta la persona del defunto (6).

§. 850. Siccome ciò debbesi intendere dell'acquisto mercè la persona del servo (7), risulta 4° che se questi abbia stipulato un *fatto*, per esempio di essergli permesso di far personalmente uso del diritto di andare, o di agire, questa stipulazione non accorda al padrone il diritto di servirsene (8).

(1) Vedete il §. 77, di questi Elementi.

(2) Vedete il §. 470 *ivi*. (*) *Quod servo meo promisi, meum esse oportet*, al dir di *Plauto*, *Rud.*

(3) *Pr. Inst. h. t.*; *Leg. 1, pr. ff. de stipulat. serv.*

(4) §. 1, *Inst. Leg. 1, pr. Leg. 15, ff. h. t.*

(5) §. 3, *Inst. Leg. 5, Leg. 7, ff. h. t. Leg. ult. Cod. per quas perf. cuique adquir.*

(6) *Pr. Inst. h. t. Leg. 35, ff. h. t.* Vedete il §. 329.

(7) Come si è detto al principio di questo titolo, §. 848.

(8) §. 2, *Inst. h. t.*; *Leg. 38, §. 6, ff. de verb. obligat.*

§. 851. Siccome ora la servitù è molto più rara , e gli uomini proprii o ascrittizzi non tutto acquistano pe' loro padroni (1), così questo titolo rendesi quasi interamente inutile.

TITOLO XIX

Della divisione delle stipulazioni.

SOMMARIO.

§. 852 Ultima divisione delle stipulazioni in pretorie , giudiziarie , comuni e convenzionali -- 853 Definizione di queste quattro specie -- 854 Prima cauzione pretoriana *damni infecti* -- 855 Seconda cauzione pretoriana di *conservare i legati* -- 856 Stipulazioni giudiziarie : chi era il giudice pedaneo : la prima stipulazione giudiziaria è la cauzione di *dolo malo* -- 857 La seconda è quella di agire contra un servo in fuga : casi ne quali ciò aveva luogo -- 858 L'ultima cauzione giudiziaria era quella di restituire il prezzo : quando è che veniva ordinata -- 859 Stipulazioni comuni -- 860 Stipulazioni convenzionali : il loro numero è incalcolabile -- 861 Diritto odierno.

§. 852. Dalle persone che ordinano di stipulare, o che stipulano , le stipulazioni si dividono in *pretorie giudiziarie comuni e convenzionali* (2).

§. 853. Le *pretorie sono quelle stipulazioni, o cauzioni che emanano di officio del pretore*, al che si riferiscono le *cauzioni* volute dagli *Edili* (3) : le *giudiziarie son quelle ordinate dal mero officio del giudice* : le *comuni quelle ordinate dal pretore, e dal giudice* (4) (a) : le *convenzionali finalmente quelle stabilite dal consenso de' contraenti* (5).

(1) Vedete il §. 85 di questi Elementi. (2) *Pr. Inst. h. t.*

(3) §. 2, *Inst. h. t.* (4) §. 2, §. 4, *Inst. h. t.*

(a) In Roma l'officio di pretore era distinto da quello di giudice. Il pretore era un magistrato ; il giudice una persona privata. Il primo diceasi *jus dicere* ; il secondo *judicare* : il primo sedeva in tribunale ; l'altro sedeva a terra, o sopra scanni inferiori al tribunale (*de plano vel ex subsellio*) per cui dicevasi *pedaneo*. Finalmente, il pretore conosceva del dritto delle parti, e quindi sentiva l'azione, l'eccezione, la replica *etc.* e contestata la lite, dava un giudice: questi conosceva del solo fatto ed emetteva la sentenza, giusta la formola prescritta dal pretore, *Gerard. Noodt, de jurisd. lib. 1, cap. 6, et 7.* Se il pretore non assegnando il giudice continuava a ritenere la conoscenza di tutta la causa e la giudicava, la sua sentenza dicevasi *extraordinaria*.

(5) §. 3, *Inst. h. t.*

§. 854. La stipulazione pretoria era, per esempio, la cauzione del danno imminente (*cautio damni infecti*), colla quale il pretore ordinava al proprietario di una cosa affetta da vizio nocivo, (come una casa minacciante ruina) o al costui rappresentante, di guarentire il risarcimento al vicino cui sovrasta il danno, qualora avvenisse nel giro di un dato tempo (1). Se però non volevasi prestar cauzione, il pretore immetteva il petente nel possesso de' beni del suo avversario con un primo e anche con un secondo decreto (2).

§. 855. Dell'istesso genere è la cauzione di conservare i legati, colla quale l'erede o il legatario dovendo passare questo legato a un'altra persona dopo un dato tempo, o dopo avveratasi la condizione, è costretto con ordinanza del pretore a dar cauzione onde consegnar fedelmente il legato allorchè il tempo sarà giunto e la condizione avverata (3).

§. 856. La stipulazione giudiziaria è la cauzione del dolo colla quale colui che è stato condannato dal giudice a restituir qualche cosa, vien costretto a promettere dover restituire la cosa senza frode, e con ogni causa (4).

§. 857. Similmente il giudice ordina di ufficio di prestar cauzione onde perseguitare il servo dandosi alla fuga, a colui che tolse per forza il servo, se in seguito questi sia fuggito (5).

§. 858. Dell'istesso genere è la cauzione di restituire il prezzo se un coerede viene obbligato a dar solidamente una cosa promessa, acciò gli altri suoi coeredi lo indennizzino (6).

§. 859. Le cauzioni comuni sono che la cosa del pupillo sia conservata intatta (7) (a); come pure la

(1) Leg. 13, pr. et seq. ff. de damm. inf.

(2) Leg. 15, §. 16, 20, ff. de damn. inf. Leg. 3, §. ult. ff. de adq. possess.

(3) Leg. 1, ff. ut leg. serv. caus.

(4) Leg. 21, Leg. 45, ff. de rei vind. Leg. 9, §. 5, 7, ff. quod. met. causa.

(5) Leg. 14, §. 11, ff. quod metus causa.

(6) Leg. 25, §. 10, ff. fam. ercisc.

(7) Vedete il §. 280 e seguenti di quest'Opera.

(a) Questa cauzione vien prestata da' tutori legittimi, e da quelli

cauzione di far ratificare (*cautio de rato*) che s' impone di prestare a quel procuratore il cui mandato dia luogo a dubitare (1) (a).

§. 860. Ci sono tante specie di cauzioni convenzionali per quante sono le cose che possono esser l'oggetto di convenzioni (2); imperocchè non ci era quasi alcun contratto ove non intervenisse stipulazione (3) (b).

§. 861. Presentemente le prestazioni pretorie, giudicate da' magistrati minori: non è richiesta in persona de' tutori testamentarii, la fedeltà de' quali è stata dal testatore sperimentata, nè da quelli dati da' magistrati superiori, perchè da questi cauzione non si dimanda. Ma quando è che questa cauzione la comanda il pretore e quando il giudice? L'ordina il pretore quante volte il tutore si stabilisce nel principio, quantunque non sia insorta alcuna controversia per la nomina di lui: la comanda il giudice pedaneo allorchè p. e. il tutore agisce contra il pupillo coll'azione contraria di tutela, e il pupillo gli oppone non aver data cauzione di conservare i suoi beni. *L. 13, pr. ff. de tut. dat. (Recitaz.)* (1) §. 3, *Inst. h. t.*

(a) Se il procuratore non ha alcun mandato nè vero nè presunto, allora non è ammesso, quantunque voglia dar cauzione *Tit. de eo quod. fals. tut. auct.* Se ha un mandato vero non è tenuto a dar cauzione. Se poi ha un mandato, vero sì ma imperfetto o solo presunto: p. e. se il marito agisca per la moglie, il figlio pel padre, in tal caso dee dar cauzione che *la cosa ratificata sia per avere il padrone Tot. tit. ff. rem rat. hab.* Se questa cauzione si esige prima della contestazione della lite sarà pretoriana; se dopo, sarà giudiziaria; e perciò rettamente vien messa fra le cauzioni comuni (*Recitaz.*).

(2) §. 3, *Inst. h. t.*

(3) *Leg. 71, ff. pro socio; Leg. 88, ff. de solut.; CUSACIO, ad Leg. 17, ff. de verb. obl.*

(b) La stipulazione era il comune sostegno di tutti gli affari. Così colle stipulazioni si consolidavano le compre. *Leg. 7. §. ult. ff. de contr. empt.* Plauto, *Epid. Act. III, sc. IV.* A nessuno sono ignote le stipulazioni edilizie, dalle quali erano consolidate le compre di ogni cosa. P. e. di esser sana la cosa; di vivere il cavallo; di esser sano il servo, non ladro, non furioso, non manchevole, etc. Nello stesso modo colle stipulazioni si consolidavano le locazioni, *Leg. 58. ff. de loc.*; il mutuo intorno alle usure o la pena convenzionale da prestarsi. *Leg. 3. cod. de usur. Leg. 15 ff. de novat.*; finalmente intorno agli sponsali, alle obbligazioni letterali, alle rinnovazioni degli obblighi, alle quietanze, le quali, come si è altrove avvertito, erano pure consolidate colla stipulazione (*Recitaz.*).

diziarie, comuni, non più differiscono fra loro, perchè più non differiscono le funzioni del pretore da quelle del giudice. La stipulazione non è di rigorosa necessità; ma una semplice promessa verbale, o anche per iscritto, è sufficiente. Le cauzioni per lo danno imminente, quelle di perseguire un servo datosi in fuga, quelle del dolo, quelle di restituire il prezzo, *etc.* non vengono quasi mai adoperate.

TITOLO XX.

Delle stipulazioni inutili.

SOMMARIO.

§. 862 Quali si dicono stipulazioni inutili: cause che le rendono tali -- 863 Conseguenze risultanti dall'assioma che *coloro i quali non possono dare il consenso non possono nè stipulare nè promettere* -- 864 Secondo assioma: conseguenze -- 865 Terzo assioma: conseguenze -- 866 Continuazione delle conseguenze risultanti dal terzo assioma -- 867 Stipulazioni inutili per ragion di *materia* -- 868 Continuazione -- 869 Stipulazioni inutili per ragion della *forma non osservata* -- 870 In che questa forma consista -- 871 Conseguenze risultanti dalla inosservanza di questa forma.

§. 862. Delle volte le stipulazioni sono inutili (cioè senza effetto) 1° rispetto ai *contraenti*, 2° relativamente alle *cose che si stipulano*, 3° in fine riguardo alla *forma della stipulazione*.

§. 863. Relativamente alle parti contraenti, essendo la stipulazione un contratto, o sia una convenzione risultante dal consenso di due o più persone sull'istesso oggetto (1), ne nasce: 1° essere inutili le stipulazioni degl'infanti; 2° de' furiosi e degl'imbecilli, 3° de' sordi e muti (2); 4° che i prodighi e i pupilli usciti dall'infanzia possano a dir vero stipulare in loro favore, ma non promettere agli altri, o obbligarsi senza l'autorizzazione del loro tutore (3) (a).

(1) Vedete il §. 773 di questi Elementi.

(2) §. 6, 7, 8, 9 et 10 *Inst. h. t.*

(3) §. 9, *Inst. h. t. Leg. 6, ff. de verb. obl.* Vedete il §. 251 di questi Elementi.

(a) Può, è vero, il pupillo naturalmente obbligarsi, *Leg. 21, ff. ad Leg. Falc. Leg. 1, ff. de novat.*; ma siccome questa

§. 864. Per lo stesso principio di consistere la stipulazione nel consenso di due o più persone (1), risulta 5° non poter esistere stipulazione tra padre e figlio, risguardati in diritto come una sola e medesima persona (2); 6° nè, per la stessa ragione, tra patrono e servo (3) (a).

§. 865. E siccome ninno può stipulare per un altro se non per interesse dello stesso stipulante (4), ne risulta: 7° non poter un padre stipulare per suo figlio (5) a meno che questi non sia suo erede (6) (b). E perciò 8° se taluno abbia stipulato per sè e pel suo amico, l'obbligazione vale per la sola parte dello sti-

obbligazione naturale manca di effetto, ed è infirmata dalle leggi civili, perciò talora dicesi non essere il pupillo neppure naturalmente obbligato, *Leg. 41, ff. de cond. Leg. 59, ff. de obl. et act.* Imperocchè non avere esistenza ed esser privo di effetto, in diritto si hanno per termini sinonimi. Dunque il pupillo non è mai civilmente obbligato, *Leg. 43, ff. de obl. et act.* a meno che l'obbligazione non derivi dalla cosa, *Leg. 46, ff. eod.* per esempio da un delitto, *pr. Inst. de obl. ex del.* o da un contratto, o quasi contratto quando il pupillo siasi arricchito di più, *Leg. 14, ff. de cond. ind.* Il minore le cui sostanze, e non la persona, son soggette al curatore, è civilmente obbligato, *Leg. 101, ff. de verb. obl. Leg. 43, ff. de obl. et act.* ma salvo gli resta il beneficio della restituzione in intero. Su questa materia UBERO nelle sue *Pract. ad Inst. h. t.* §. 11, e seguenti trattò diffusamente.

(1) Rivedete il §. 773 di quest' Opera.

(2) §. 6, *Inst. h. t.* Vedete i num. 6.° e 8.° del §. 139

(3) *Dicto* §. 6, *Inst. h. t.* Vedete il §. 77 di questi Elementi.

(a) In fine si osservi che neppur due fratelli sotto la potestà di uno stesso padre possono tra loro stipulare, come espressamente il vieta la legge 38 *ff. de condict. indeb.*: e ciò per la ragione che quantunque questi sieno due persone, pure perchè sono figli di famiglia, nulla posseggono di proprio, ma tutto per diritto antico è del padre; per modo che se il fratello stipula col fratello è come se avesse stipulato il padre, mentre quel che il fratello promette di dare appartiene al padre, e ciò che l'altro fratello stipula è pel padre parimenti acquistato. (*Recitaz.*).

(4) Si riscoutri il n.° 13 del §. 833 di questi Elementi.

(5) §. 4, *Inst. h. t.*

(6) *Leg. 17, §. 4, ff. de pact. Leg. 33, ff. eod.*

(b) Perchè in tal caso succede a' diritti del defunto (*Recitaz.*).

pulante (1) (a); 9° al contrario se taluno abbia stipulato che si dia a lui, o al suo amico, acquista per sè tutto il risultamento dell' obbligazione, sebbene si possa validamente adempiere all' amico, anche malgrado lo stipulante (2) (b). Tal è pure il diritto attuale.

§. 866. Dallo stesso principio risulta 10° poter il tutore stipulare coi suoi contutori di bene amministrare (*salvam fore*) la cosa del pupillo, come altresì altre stipulazioni di simil fatta, le quali son valide allorchè lo stipulante ci ha interesse (3).

§. 867. Per ragion della materia sono anche inutili varie altre stipulazioni (4). In fatti, siccome colla stipulazione uno dei contraenti è obbligato a dare o a far qualche cosa (5), così non possono formare oggetto di stipulazione 11° le cose che non sono in commercio (6) (c); 12° quelle che non esistono nè possono esistere (7) (d); imperocchè se non esistono, ma possono esistere, la stipulazione è valida, come per esempio se taluno stipulasse per sè i frutti nascituri (8): 13° le cose appartenenti allo stipulante (9); ovvero 14° le cose altrui, qualora dovessero appartenere allo stipulante (10); 15° le cose turpi di cui le leggi vietano le prestazioni (11) (e).

(1) *Dict.* §. 4, *Inst. eod.* (a) Perchè un' altra persona non ha alcun diritto nella stipulazione del terzo (*Recitaz.*)

(2) §. 4, *Inst. h. t.*; *Leg.* 31, *pr. Leg.* 57, §. 1, *ff. de solut.*

(b) Ciò nasce dalla regola d' interpretazione: *le parole debbono interpretarsi in modo che l' obbligazione abbia effetto*. Può tale stipulazione aver esecuzione nella finzione che lo stipulante abbia per sè stipulato, ma che abbia trasferito il pagamento a Tizio (*Recitaz.*).

(3) §. 19, *Inst. h. tit.*

(4) Vedete il §. 862 di questi Elementi.

(5) Vedete il §. 829, *ivi.* (6) §. 2, *Inst. h. tit.*

(c) Come se alcuno promettesse un tempio (*Recitaz.*)

(7) §. 1, *Inst. h. tit.*

(d) Come se alcuno promettesse un fauno, un satiro, un centauro (*Recitaz.*).

(8) *Leg.* 73, *ff. de verb. obligat.*

(9) §. 2, *Inst. h. tit.*

(10) §. 22, *Inst. h. tit.*

(11) §. 24, *Inst. h. tit.*; *Leg.* 26, *ff. de verb. obl.*; *Leg.* 7, §. 3, *ff. de pact.*

(e) Poichè le cose turpi sono moralmente impossibili, come

§. 868. Siccome noi non possiamo colla nostra promessa obbligare un altro (1), così 16° invano si promette che un altro sarà per dare o per fare (2). Se però taluno dicesse dover fare acciò un altro dia o faccia; o nel caso in cui quest'altro non dia o non faccia promettesse di pagar la pena o la indennità, la promessa sarà produttiva di effetto, poichè con siffatta stipulazione non lega un altro, ma sè stesso (3).

§. 869. Similmente, rispetto alla forma, parecchie stipulazioni sono inutili (4): per esempio 17° se lo stipulante e il promettente non hanno inteso trattar dell'oggetto medesimo (5); 18° se ci sia errore non già nel nome ma nella persona: per esempio, se volendosi promettere a Tizio siasi promesso a Cajo (6); 19° se la condizione apposta sia impossibile (7); come pure 20° se la stipulazione sia vuota di senso (*perplexa*) (8), e non se sia *praepostera*, cioè non se la condizione avverar si debba dopo essersi obbligato a dare (9) (a); 21° se la causa dell'obbligazione venga

rettamente ed elegantemente osserva Papiniano *L. 15. ff. de condit. instit.*: e delle cose impossibili non evvi obbligazione (*Rec.*).

(1) Vedete il n.° 12° del §. 833 di questi Elementi.

(2) §. 3, *Inst. h. tit.*

(3) *Leg. 38, §. 21, ff. de verb. obligat.*

(4) Vedete il §. 862 di questi Elementi.

(5) §. 23, *Inst. h. tit.* Vedete il §. 773 di questi Elementi.

(6) *Arg. Leg. 9, pr. ff. de hered. instit.*

(7) §. 11, *Inst. h. tit.*; *Leg. 31, ff. de obl. et act.* Vedete il n.° 3° del §. 832 di questi Elementi.

(8) *Leg. 16, ff. de cond. inst.*

(9) §. 13, *Inst. h. tit.* *Leg. 64, ff. de verb. oblig.*

(a) *Perplexae* o vuote di senso diconsi le stipulazioni, allorchè sono talmente concepite da non esser suscettive di applicazione. Esempio: *Se darai a Tizio l'intero fondo Tusculano, prometti di dar lo stesso fondo a Mevio?* (*Si L. Titio totum dederis fundum Tusculanum, an eundem Maevio dare spondes?*). E siffatta perplessità vizia anche la istituzione di erede (§. 549, 5°).

Praeposterae, o stipulazioni la cui condizione non si avvera che dietro l'obbligazione, son quelle colle quali si promette pel momento presente, ed intanto ci si aggiugne un tempo futuro o una condizione. Esempio. *Se il napaglio ritornerà domani dal-*

a mancare (1).

§. 870. Siccome la esterna forma della stipulazione consiste in una interrogazione ed in una risposta pertinente (2), risulta 22° esser inutile la stipulazione se siasi risposto ciò che non si è dimandato: per esempio, se alla domanda *pura* siasi risposto *sotto condizione* (3). Quindi Lisitele presso Plauto (4) interrogando in questi termini: *mi prometti dunque la tua figlia per moglie?* (*Spondes n' ergo tuam gnatam uxorem mihi?*) Carmide risponde: *la prometto e in dote mille Filippi d'oro* (*Spondeo, et mille aurei Philippum dotis*). La stipulazione era inutile, ed erasi perciò tenuto di ricominciarla. 23° Che intanto la stipulazione è valida se le cose in essa dedotte sieno divisibili (5).

§. 871. Dallo stesso principio risulta 24° essere inutile la stipulazione degli assenti (6); 25° non poter la medesima farsi per via di lettere (*per epistolam*), o per via di messaggio (*per nuntium*). Se però fosse scritto essersi tutto eseguito solennemente, la scrittura stabilisce la presunzione e della verità e della solennità (7).

l' Asia, prometti di darmi oggi. . . ?) Imperocchè in tal caso il promettente è obbligato, §. 14, *Inst. h. t.*; e lo stesso ha luogo nelle ultime volontà, *Leg. 25, Cod. de testam.* Vedete il §. 549 di questi Elementi.

(1) *Leg. 2, §. 3, ff. de dolo et met. exc.*

(2) Vedete il §. 833, 9° di questi Elementi.

(3) §. 5, *Inst. h. t.*

(4) *Trin. act. 5, scen. 2, v. 34.*

(5) §. 17, *Inst. h. t.*; *Leg. 1, §. 4, Leg. 83, §. 3, ff. de verb. obl.*

(6) §. 12, *Inst. h. tit.*

(7) §. 11, et 16, *Inst. h. t.*; *Leg. 14, Cod. de contrah. vel comm. stip.*

TITOLO XXI.

De' Fidejussori.

SOMMARIO.

§. 872 Ragion dell'ordine -- 873 Definizione del fidejussore -- 874 Assiomi circa la fidejussione -- 875 Chi non può far da fidejussore -- 876 Continuazione -- 877 In quali contratti la fidejussione ha luogo -- 878 Conseguenze risultanti dalla fidejussione -- 879 Obblighi de' fidejussori : solidità de' medesimi: altre conseguenze -- 880 Beneficii accordati a' fidejussori -- 881 Modo di far uso del beneficio di *divisione* -- 882 Effetti di questo beneficio -- 883 Modo di far uso del beneficio di *ordine* -- 884 Quando un tal beneficio di *cessione* ha luogo -- 885 Contro quali persone questo beneficio si rende neccssario.

§. 872. Siccome la fidejussione avea pur luogo colla stipulazione (1), abbiamo perciò collocata la materia di questo titolo immediatamente dopo quella della stipulazione; e anche perchè la fidejussione riguardavasi come un atto importante, virile e civile (2).

§. 873. *Il fidejussore è quello che accede alla obbligazione di un altro mediante stipulazione e senza novazione* (3) (*). Diciamo *mediante stipulazione*, poi-

(1) §. 1, *Inst. de verb. oblig.*

(2) *Leg. 1, §. 1, Leg. 2, §. 1, ff. ad SC. Vellejan.*

(3) *Fidejussor est qui alienae obligationi mediante stipulatione et sine novatione accedit.*

(*) Presso i Romani coloro che si obbligavano per un altro avevano diversi nomi. In giudizio dicevansi *vindices*, *vades*, *subvades*, *praedes*: fuori del giudizio si nominavano *fidejussores*, *sponsores*, *adpromissores*. Nelle leggi decemvirali *vindices* eran quelli che si obbligavano per colui il quale veniva chiamato in giudizio di privata autorità. Imperciocchè, se taluno avesse inteso dirsi *ambula in jus*, o ci doveva andare, o altrimenti sarebbe stato trascinato al tribunale *oborto collo*, se non avesse dato il fidejussore con cui *se vindicabat* dalle mani dell'attore, *Test. v. index*; *Gotofr. ad XII. Tab. 1*. Quando il reo si portava in giudizio doveva dare altro fidejussore di presentarsi nel determinato giorno, *Car. Sigon. de judic.* Tali fidejussori nelle cause civili dicevansi *praedes*, ne' giudizi pubblici *vades*, *Auson, Idyl. 12, Fest. v. Vadem.* Sebbene poi si dissero *vades* i fidejussori dati in qualsivoglia giudizio sì civile che capitale: onde disse *Varone, de ling. lat. V. 7, Vas est qui pro altero vadimonium promittit*. Dicevansi *subvades* coloro i quali si obbligavano per l'at-

chè colui il quale senza stipulazione, ma mercè un patto, accede all' obbligazione di un altro, *non guarentisce*, ma *costituisce* (1). Colui che previene l' obbligazione principale, rilascia un *mandato* (2). Colui che novando l' obbligazione di un altro la prende a proprio carico, e che, liberando il primo debitore, si obbliga personalmente, fa una *espromissione* (3).

§. 874. Da ciò derivano gli assiomi: 1° la fidejussione è una stipulazione (4) (a); 2° la fidejussione è un atto virile e civile (5); 3° la fidejussione è un contratto accessorio (6) (b); 4° il fidejussore anticamente poteva come il correo (*) essere astretto prima del debitore principale; ma al presente volendosi far uso del beneficio d' ordine è obbligato sussidiariamente (c).

tore, come congettura *Gotofredo*, *loc. cit.*, o come dice *Salmasio*, *de modo usur. c. 16*, *qui pro vadibus fidejubeant*, siccome *sub praedes*, quelli i quali *pro praedibus fidejubeant*. I diversi nomi di coloro che davano mallevaria nascevano dalle diverse formole colle quali le stipulazioni si concepivano, al dir di *Cujacio*, *ad Paull. Rec. Sent. 1, 30*. Quindi dicevasi *fideijussor*, se la dimanda si esprimeva colla voce *fideijubes*? *Fideipromissor*, se si domandava, *fideipromittis*? E forse anche *adpromissores* venivano interrogati colla parola *adpromittis*, siccome il nostro Autore congettura nelle sue *Antiquit. Rom. h. t. §. 5*.

(1) *Leg. 1, §. 4, Leg. 11, §. 1, ff. de const. pec.*

(2) *Leg. 12, §. 14, ff. mand.*

(3) *Leg. ult. ff. ad S. C. Maced. §. 3, Inst. quib. mod. toll. obbl.* Vedete il §. 1015 di questi Elementi.

(4) *Leg. 12, Cod. de fideijuss.*

(a) Poichè in altro non differirebbe dal costituito (*Recitaz.*).

(5) Come è detto nel §. 872 di questo Titolo.

(6) *Leg. 3, ff. de fideijuss.*

(b) Poichè è stata inventata per la sicurezza del creditore, affinchè non potendo questi esser pagato dal debitore, possa obbligare il fidejussore (*Recitaz.*.)

(*) Ricordiamoci che correo significa lo stesso che obbligato solidale.

(c) Anticamente era obbligato come correo, per modo che i creditori potevano senza discutere il debitore principale astringere il fidejussore, *Leg. 5, Cod. de fideijuss; Leg. 4, §. 1, ff. de fideijuss; Leg. 5, ff. de condit. indebit.* Anche al presente ciò è permesso al creditore, quando però il fidejussore non opponga il beneficio che la legge gli accorda,

§. 875. Dall'essere la fidejussione una stipulazione (1) risulta: non poter esser fidejussori coloro i quali promettendo non possono obbligarsi: tali sono i furiosi, i mentecatti (2), gl' infanti e que' che son prossimi all'infanzia (3); i minori, i muti (4), i prodighi (5), i pupilli, i minori senza l'autorizzazione del tutore o senza il consenso del curatore (6).

§. 876. Dall'essere un atto virile (7) risulta: 1° non poter le donne prestar cauzione nè per gli estranei a causa del Senato-consulto Vellejano (a); nè per i loro mariti (8) (b); 2° che i militari nemmeno il possano (9); 3° nè i chierici per i laici (10).

§. 877. Poichè la fidejussione è un contratto accessorio (11), 1° può accedere a tutte le obbligazioni de-

(1) Come si è veduto nel 1° numero del §. antecedente.

(2) §. 8, *Inst. de inutil. stip.*

(3) §. 9, *Inst. cod.*

(4) §. 7, *Inst. cod.*

(5) *Leg. 6, ff. de verb. obl.*

(6) §. 9, *Inst. cod. pr. Inst. de auct. tut.* Vedete il §. 873 in questo Titolo.

(7) Vedete il n.º 2º del §. 874 in questo Titolo.

(a) Il Senato-Consulto Vellejano vietò la fidejussione della donna per gli estranei, tolse anche ogni effetto alla fidejussione dalla sua parte, e concesse alla donna l'azione personale per la ripetizione dell'indebitato pagato; purchè 1° non avesse mallevato per un affare proprio *L. 8, §. 1, ff. qui satisd. cog.*; o 2° non avesse ricevuto qualche cosa per la fidejussione; o 3° non si fosse impegnata in conseguenza di un dolo praticato verso di lei; o 4° non esercitasse una mercatura; o 5° non avesse rinunciato al suo privilegio (*Recitaz.*).

(8) A causa della *Nov. 134, cap. 8, Auth. si qua mulier Cod. ad SC. Vellejan.*

(b) La citata Autentica proibì alla moglie di guarentire il marito, e per conseguenza tale fidejussione è anche di niun effetto, se non abbia rinunciato. E qui conviene osservare 1° che la donna prima della rinuncia dee esser fatta consapevole del suo privilegio; 2° che può rinunciarsi al senato consulto Vellejano giusta la pratica, non giudiziariamente *L. fin, §. pen. ff. de fidejuss. L. 2, C. de SC. Vell.*; ma alla mentovata Autentica non può rinunciarsi se non con giuramento o per le vie giudiziarie *Cap. cum conting. X. de jure jur. (Recitaz.)*.

(9) *Leg. 8, §. 1, ff. qui satisd. cog.*

(10) *Nov. 123, cap. 6.*

(11) Come si è detto nel n.º 3º del §. 874 di questo Titolo.

rivanti da un contratto qualunque (1) (a), come pure a tutte le obbligazioni naturali non prive di ogni effetto (2) (b); non che alle obbligazioni derivanti da delitto, se trattasi di una pena semplicemente pecuniaria e non corporale (3) (c).

§. 878. Dallo stesso assioma risulta ancora: 2° poter il fidejussore obbligarsi più strettamente, ma non in più, nè per una causa più onerosa del debitor principale (4); e molto meno per un'altra causa (5) (d);

(1) §. 1; *Inst. Leg. 1, Leg. 8, §. 1, Leg. 16 §. 3, ff. h. t.*

(a) Evvi di particolare, che il marito, nè anche se il voglia, possa dar fidejussori per la restituzione della dote, *Leg. 2, Cod. de fidejuss. dot. dant.*, sebbene possa legittimamente dare un pegno, *Leg. ult. §. 6, ff. de don. inter virum et uxorem.*

(2) *Leg. 6, §. 2, Leg. 7, Leg. 16, §. 3, ff. eod. Leg. 6, ff. de verb. obligat.*

(b) E perciò può accadere che il debitor principale non sia obbligato civilmente, nel mentre lo sia il fidejussore. Così, se alcuno ha mallevato per lo pupillo che promette senza l'autorizzazione del tutore, il pupillo non potrà essere molestato da alcuna azione, mentre il fidejussore sarà pienamente obbligato. Qui però convien fare la seguente eccezione: il fidejussore non è obbligato se le leggi civili ributtano totalmente l'obbligazione del debitor principale, o lo condannano come il Senato-consulto Vellejano. Perciò se alcuno si è reso garante per una donna che malleva, non è obbligato: se per un figlio di famiglia debitore, è obbligato: giacchè la legge annulla del tutto l'obbligazione della donna che si è resa garante; ma il senato-consulto Macedoniano non proscrive l'obbligazione naturale del figlio di famiglia se ha preso in prestito; bensì gli accorda soltanto una eccezione. A poter dunque facilmente conoscere se la legge proscrive totalmente l'obbligazione o no, bisogna vedere se accorda unicamente una eccezione come il senato-consulto Macedoniano, o anche un'azione, o il diritto di citazione per ragion della cosa non dovuta, come il Senato-consulto Vellejano (*Recutaz.*).

(3) *Leg. 8, §. 5, Leg. 56, §. ult. Leg. 70, §. ult. ff. h. t. colla Legge 26, ff. et Leg. 22, Cod. de poen.*

(c) Perchè trattandosi di pena corporale (come sono le pene capitali, o altri supplizii di corpo afflittivi e imminenti) non potrebbe il fidejussore soggiacervi ove abbia fatto fuggire il reo (*Rec.*).

(4) §. 5, *Inst. h. t.*

(5) *Leg. 42, ff. eod.*

(d) Sarebbe certamente un assurdo che il fidejussore si obbligasse per 200, mentre io debbo 100; poichè l'accessorio seguir dee il suo principale. Ma assurdo non sarebbe che il fidejussore

3° che estinta l'obbligazione principale, o seguita la confusione, l'obbligazione del fidejussore rimane benanche estinta (1) (a).

§. 879. Finalmente, siccome il fidejussore è obbligato sussidiariamente (2), ne risulta: 1° che non pagando il debitor principale, sono obbligati il fidejussore e i suoi eredi (3) (b); 2° che essendoci più fidejussori sieno solidamente tenuti (4) (c); 3° che non pagando il debitor principale, il creditore ha contra il fidejussore l'azione in forza della stipulazione (*actio ex stipulatu*) (d); 4° che se taluno avesse prestato cauzione sino a un certo tempo, scorso questo rimane esonerato per la eccezione del patto e per quella del dolo (5) (e); 5° se il creditore sia stato in mora di discutere il debitore allorchè era tuttavia solvibile, la cauzione è estinta (6) (f).

desse un pegno essendo io obbligato in virtù di un chirografo; poichè il fidejussore si dà per rendere più sicuro il creditore, e più sicuro si rende obbligandosi il fidejussore più strettamente del debitore (*Recitaz.*).

(1) *Leg.* 93, § 3, *ff. de solut.*

(a) Sempre per la ragione che l'accessorio segue il principale: Così se io ho mallevato di comparire in giudizio il giorno assegnato, e quello pel quale ho mallevato muore, io non sono più obbligato, perchè l'obbligazione del morto cessa (*Recitaz.*).

(2) Come si è veduto nel n° 4 del citato §. 874.

(3) *Leg.* 16, §. ult. *ff. h. t.*

(b) Essendosi per questo fine accettata la fidejussione (*Recitaz.*).

(4) §. 4, *Inst. Leg.* 3, *Cod. h. t.*

(c) Poichè sono stati dati in sicurezza del creditore; e questo non sarebbe sicuro se venendo gli altri a fallire fosse costretto a ricevere la porzione soltanto da un di loro (*Recitaz.*).

(d) Poichè le fidejussioni si contraggono colla sola stipulazione, come abbiamo osservato (§. 873) (*Recitaz.*).

(5) *Leg.* 44, §. 1, *ff. de obl. et act.*

(e) È chiaro in fatti che in tal caso il creditore dee incolpare a se stesso che sapendo p. e. essere il fidejussore obbligato per un anno, abbia trascurato di costringere il debitore (*Recitaz.*).

(6) *Leg.* 41, *pr. ff. h. t.*

(f) Giova però molto più di citare il creditore moroso, *Leg.* 18, *ff. de fideijuss.* acciò intenti la sua azione contra il debitore, o contra il fidejussore, il quale gli opporrà il beneficio di

§. 880. Dallo stesso principio sembra esser venuti i tre *beneficii* accordati ai fidejussori, cioè il *beneficio di divisione, di ordine, e di cessione delle azioni*.

§. 881. Il beneficio di divisione, accordato con una Epistola dell' imperadore Adriano permette al fidejussore solidalmente convenuto, di opporre una eccezione acciò il creditore dividesse la sua azione tra tutti i confidejussori per chiedere la parte a ciascun di coloro che sono solvibili (1).

§. 882. Sicchè: 1° l' obbligazione non si divide *ipso jure* (2); ma soltanto mercè una eccezione (3); per modo che 2° colui il quale omette sì fatta eccezione è tenuto a pagare per lo intero, nè può ridomandar la porzione al suo confidejussore (4), a menocchè il creditore non gli abbia ceduto il suo diritto (5), 3° che questo beneficio non abbia luogo se i confidejussori sieno insolvibili (6); 4° o se rendasi difficile il convenirli; 5° e qualora il fidejussore ci abbia rinunciato non può più giovársene (7) (a).

§. 883. Il beneficio di ordine immaginato da Giustiniano, accorda al fidejussore astretto dal creditore il dritto di opporre una eccezione onde non esser tenuto a pagare prima di avere il creditore discusso il debitor principale (8).

§. 884. Sicchè un tal beneficio non giova: 1° se il debitor principale sia manifestamente insolvibile (b); 2° o se non possa convenirsi per essersi nascosto (9) (c);

ordine: imperocchè opposto una volta un tal beneficio, il fidejussore è liberato, quando anche nel tratto successivo il debitor divenisse insolvibile. (1) §. 4, *Instit. h. tit. Leg. 51, §. 1, ff. h. tit.*

(2) Vedete il n° 2° dell' art. 879 di questo Titolo.

(3) *Leg. 26, ff. h. t.* (4) §. 4, *Instit. Leg. 39, ff. h. t.*

(5) *Leg. 39, ff. Leg. 11, Cod. h. t.*

(6) *Leg. 10, §. 1, Cod. h. tit.* (7) *Leg. pen. Cod. h. tit.*

(a) Poichè ognuno può rinunciare a un diritto introdotto in suo favore (*Recitaz.*). (8) *Novel. 4, cap. 1.*

(b) Poichè escutere chi non ha beni è lo stesso che voler togliere le vesti al nudo (*Recitaz.*).

(9) *Aut. praesente, Cod. h. tit.; dicta Nov. 4 cap. 2.*

(c) O in fuga (*Recitaz.*).

3° o se abbia già rinunciato a siffatto beneficio (1) (c):

§. 885. Il beneficio di cessione dell'azione è accordato al fidejussore che va a pagar l'intero, acciò prima che paghi, il creditore sia tenuto a cedergli le sue azioni (d) contra i confidejussori, onde in forza delle medesime possa ripetere da loro quel tanto che pagò al di là della sua tangente (2).

§. 886. Il fidejussore ha ordinariamente bisogno di questa cessione di azione, non contra il debitor principale (imperocchè contra costui ha il regresso in virtù dell'azione *negotiorum gestorum* se il creditore l'avesse ignorato) (3) (a), ma contra i fidejussori, i quali non sono in alcun modo rispetto a lui obbligati, per non aver egli negoziato con essi (4).

(1) *Dicta Leg. pen. Cod. de pact.*

(c) Poichè contro la rinuncia non si può rivenire (*Recitaz.*).

(d) La cessione dee *stricto jure* farsi prima di pagare; imperocchè col pagamento l'obbligazione e l'azione rimangono estinte, e non vi ha nulla a cedere, *Leg. 67, ff. de solut. Leg. 1, Cod. de Contrar. tut. ind.* Se però il pagamento si effettua a condizione che si cedano le azioni, la cessione può farsi benanche dopo il pagamento, *Leg. 76, ff. de solut.* e Paolo opina ciò doversi presumere, *Leg. 56, ff. h. t.*

(2) *Leg. 17, Leg. 36, Leg. 39, ff. Leg. 2, Leg. 11, Leg. 14, Cod. h. tit.*

(3) §. 6, *Inst. h. tit. Leg. 4, pr. ff. h. t.*

(a) Talora è utile e anche necessario farsi cedere le azioni contra il debitor principale: *necessità* vi è quando il fidejussore garantisce un creditore che non presta consenso all'obbligazione, o ci si oppone, o alla quale fu forzato; poichè in questo caso non può istituirsi azione *ad indemnitatem* contra colui che senza verun fatto si obbligò per altri, *Leg. 40, ff. Leg. ult. Cod. de negot. gest.*; ci è utile se l'azione del creditore sia più piena, per esempio ipotecaria, *Leg. 13 ff. h. t.*

(4) *Leg. 39 ff. h. tit.*

TITOLO XXII.

Delle obbligazioni per iscritto.

SOMMARIO.

§. 887 Come si perfezionano le obbligazioni per iscritto -- 888 Definizione di queste obbligazioni -- 889 Assiomi intorno alle obbligazioni in esame -- 890 Conseguenze che risultano dal primo assioma -- 891 Corollarii che si ricavano dal secondo -- 892 Azione detta *condictio ex chirographo* risultante dal contratto letterale.

§. 887. Seguono le obbligazioni per iscritto (*litterarum obligationes*) (1) (a). Siccome i contratti reali si perfezionano e prendono la loro sostanza colla tradizione della cosa, e i consensuali col solo consenso de' contraenti; così le obbligazioni per iscritto si perfezionano e prendono la loro sostanza colla scrittura (*litis*) (b).

(1) Vedete il §. 750 di questi Elementi.

(a) Nelle pandette, non si fa menzione di un tal contratto: anzi sempre quasi si computano tre sole specie di contratti, omissa il contratto letterale (veggasi la *L. 1, §. 1, L. 4, ff. de O. et A.; L. 8, §. 1, ff. de fideic.; L. 1, ff. de novat.*): perciò Duarenò, Wissembachio e altri han creduto che questo contratto sia stato inventato dopo da Giustiniano, e che sotto l'impero del diritto antico tre sole specie di contratti si conoscessero. Ma quantunque siam costretti a confessare che Giustiniano abbia data una forma del tutto nuova all'obbligazione letterale, pure la divisione de' contratti in reali, verbali e consensuali è la stessa di quella dell'antico diritto, della quale Cajo fece già menzione nelle Istituzioni conservate da Amana. Sicchè sotto l'impero del diritto antico ci fu benanche l'obbligazione letterale, ma diversa dall'odierna dopo le costituzioni di Giustiniano. Intanto andar indagando qual fosse stata sotto l'antico diritto niun vantaggio ci recherebbe. L'han fatto Cajo nelle *Istituzioni*, Teofilo in *Paraphr. h. t.* e anche noi nelle *Antiquit. Rom. h. t. (Recitaz.)*.

(b) I chirografi e le scritture in doppio originale (*chirographa et syngraphae*) sogliono accedere a tutti i contratti: i primi *μνηστροις*, cioè ne' contratti unilaterali; ed i secondi *διπληστροις*, cioè ne' contratti bilaterali, ma soltanto per far pruova. *Leg. 4, ff. de ping. Leg. 4, ff. de fide instr.*: imperocchè da sì fatta scrittura non nasce obbligazione, nè azione, ma pruova di esserci stato tra l'attore e il convenuto un affare il quale abbia par-

§. 888. Sicchè l'obbligazione per iscritto è un contratto col quale colui che in un chirografo riconosce esser debitore di un mutuo, e non siasi protestato nel corso di due anni, resta obbligato colla sua scrittura, quantunque non abbia ricevuto il danaro (a).

§. 889. Quindi gli assiomi: 1° il fondamento di questa obbligazione è la scrittura avverso la quale non siasi fra i due anni protestato (b); 2° questa obbligazione ha luogo se sia originata da un mutuo (c); 3°

torito obbligazione ed azione. Qui poi si tratta di un semplice chirografo da cui può desumersi la prova non solo, ma può altresì nascere l'obbligazione: il che fa sì che venga denominata *obbligazione per iscritto*.

(a) *Literarum Obligatio est contractus, quo quis, qui chirographo se ex mutuo debere confessus est, idque intra biennium non retractavit, ex his ipsis literis obligatur, et conveniri potest, quamvis pecuniam acceperit, §. un. Instit. h. t.* — Giustiniano dunque distingue se il chirografo sia più antico di due anni o no. Non elasso ancora il biennio il debitore può opporre l'eccezione del denaro non numerato, *non numeratae pecuniae*: Scorso poi tal tempo, è obbligato al pagamento, nè è ascoltato anche se cento volte dica al giudice di non aver ricevuto il danaro espresso in quel chirografo (*Recitaz.*).

(b) Circa il fondamento di questa obbligazione i giureconsulti sono divisi di opinione. Alcuni dicono che la base di questo contratto sia il prestito presunto se si sia taciuto fra lo spazio di due anni, e altri vogliono che sia il danaro numerato. Ma nè gli uni, nè gli altri la pensano rettamente. Siccome del contratto verbale il fondamento sono le parole solenni, quello del contratto reale la tradizione della cosa, e quello del contratto consensuale il consenso; così non altro può essere il fondamento del contratto letterale se non la scrittura. E in vero, non essendo presumibile essere alcuno tanto stolido, che lasciar voglia per più di due anni in mano del creditore un chirografo che diede colla speranza di ricevere il danaro che poi non ebbe, giudiziosamente Giustiniano stabilì che questa trascuragine di due anni debba nuocere al debitore e produrre una presunzione grandissima di aver egli ricevuto il danaro (*Recitaz.*).

(c) La ragione di ciò è di facile intelligenza. In questo contratto essendo il debitore in necessità, altro non fa che indurre il creditore a prestargli il danaro con parole persuasive. Negli altri contratti non ci è ragione per cui debba ciò aver luogo. Sicchè il mutuuario facilmente consente a dare un chirografo prima di ricevere il danaro. Ma nessuno è tanto babbaccione che dia p. e. un chirografo di cose presso di sè depositate, non essendoci mai stato deposito (*Recitaz.*).

classi due anni, il debitore è obbligato, ancorchè non abbia ricevuto il danaro (a).

§. 890. Dal primo assioma risulta: 1° che dal chirografo non nasce prima del biennio veruna azione utile, sebbene il creditore possa prima di questo tempo intentar l'azione di mutuo; 2° che se l'azione in virtù del chirografo s'intenti prima del biennio, può il convenuto opporre l'eccezione non *numeratae pecuniae* (1), la quale ha di particolare di devolvere sull'attore il carico della pruova (2) (b); 3° che se il debitore voglia impedire l'azione in virtù del suo chirografo, deve ridomandarlo prima del biennio colla condizione senza causa (3), o protestare innanzi al magistrato di non aver ricevuto il danaro (4). Allora l'eccezione non *numeratae pecuniae* diviene perpetua.

§. 891. Siccome questa obbligazione ha luogo solo quando taluno dichiara esser debitore per causa di mutuo (5), risulta 4° non esser questo diritto applicabile ad altri contratti (6).

§. 892. 5° Molto meno può questo diritto applicarsi alle quitanze (*ad apochas*): imperocchè queste non

(a) Per la presunzione pocanzi indicata: essendo questa presunzione *juris et de jure*, al dir de' giureconsulti, è perciò che non ammette pruova in contrario (*Recitaz.*).

(1) *Leg. 5, Leg. 8, Leg. 14, pr. Cod. de non num. pec.*

(2) *Leg. 3, Leg. 10, Cod. eod.*

(b) Questa regola soggiace a talune eccezioni; imperocchè si fatta eccezione non giova al convenuto 1° se dopo qualche intervallo, o in istrumento separato, avesse dichiarato essergli stato numerato il danaro, *Leg. pen. Cod. de pact.; Leg. 4, Leg. 22, Cod. ad SC. Vellejan*; 2° se tacitamente, o pagando gl'interessi avesse riconosciuto la verità o fede del chirografo, *Leg. 4, Cod. de non num. pec.*; 3° se l'erede fosse astretto in virtù della dichiarazione del defunto inserita nel suo testamento, *Leg. 13, Cod. eod.*; 4° se il chirografo fosse stato fatto in favore di un banchiere, poichè a costui più facilmente si presta fede, attesochè tali persone negoziano co' doveri alla mano, nè danno o ricevono chirografi se non seguito il pagamento. *Nov. 136, cap. 5.*

(3) *Leg. 7, Cod. eod.*

(4) *Leg. 8, Leg. 9, Leg. 14, §. 4, Cod. eod.*

(5) Come si è detto nel n° 1, del §. 889 di questo Titolo.

(6) *Leg. 5, 6, 8, Leg. 14, §. 1, Cod. de non numer pecun.*

producono azione, ma soltanto la pruova di essersi pagato una somma. Essa non è impugnabile se sia pubblica (1), o non siasi richiesta fra trenta giorni (2).

§. 893. Invano dunque 6° qui si riferisce la quitanza rilasciata dal genero al suocero colla quale il primo riconosce di non aver ricevuto la dote. Imperocchè, quantunque 1° il matrimonio essendo disciolto fra i due anni dalla sua celebrazione, vi è fra l'anno l'eccezione della dote non numerata, 2° e fra tre mesi se il matrimonio sia disciolto fra dieci anni dopo i quali essa è prescritta (3), pure una tal dichiarazione o quitanza non partorisce alcuna azione.

§. 894. Dunque da questo chirografo cagionato dal mutuo nasce dopo due anni un' obbligazione, quantunque il debitore non abbia ricevuto il danaro (4). Perciò da siffatto chirografo 1° nasce l'azion personale (5) accordata al creditore contra colui che lo sottoscrisse, o il di costui erede, acciò paghi quel tanto che nel chirografo riconobbe aver ricevuto in mutuo; 2° che dopo due anni non possa il debitore opporre l'eccezione non *numeratae pecuniae*, quando anche assumesse provarlo (6). Nel foro però si accorda al convenuto l'eccezion del dolo, se voglia provare non aver ricevuto il denaro (7).

TITOLO XXIII.

Delle obbligazioni consensuali.

SOMMARIO.

§. 895 In che consistono i contratti *consensuali* -- 896 Natura de' medesimi: possono aver luogo fra gli assenti con approvazione e anche tacitamente -- 897 Numero de' contratti consensuali prima di Zenone e dopo quest' imperatore.

§. 895. Fra i contratti veri rimangono a spiegarsi

(1) *Leg. 14, §. 1, Cod. de non numer. pecun.*

(2) *Leg. 14, §. 2, Cod. eod.*

(3) *Auth. quod locum, Cod. de dot. caut. non num.*

(4) Vedete il n.° 3° del §. 889 di questo Titolo.

(5) §. un. *Inst. h. tit.*

(6) *Dict. §. un, Inst. h. t. Leg. 8, Leg. 14 pr., §. 3, Cod. de non numer. pec.*

(7) *II. Pistor., part. 4, quest. 12, n° 13.*

quelli che si perfezionano col solo consenso (1): essi non sono così chiamati perchè il consenso sia richiesto, mentre sotto questo aspetto tutti i contratti si perfezionano col consenso (2); ma perchè questo solo li rende perfetti, e che per la loro perfezione non richiedono nè tradizione della cosa, nè solennità delle parole, nè scrittura (*nec rem, nec verba, nec literas*) (3) (a).

§. 896. Dal che risulta: 1° che tutti sieno di buona fede (b), sebbene non tutti i contratti di buona fede sieno consensuali (4) (c); 2° che possano legittimamente aver luogo tra persone assenti, con una semplice approvazione (*solo nutu*), ed anche tacitamente (5) (d).

§. 897. Essi sono al numero di cinque: cioè la *compra e vendita*, la *locazione-conduzione*, il *contratto enfiteutico* (cui l'Imperator Zenone diede un particolar carattere) (6), la *società*, e il *mandato*.

(1) Vedete il §. 790 di questi Elementi.

(2) Vedete il §. 773

(3) §. un. *Inst. h. tit.*

(a) Così p. e. nascendo tra il compratore e il venditore l'azione appena si è convenuto sul prezzo della cosa, la compra e vendita è un contratto consensuale. Al contrario tra il creditore e il debitore non nasce alcuna azione di mutuo, quantunque abbia dato il consenso al prestito, perchè oltre il consenso richiedesi la numerazione del danaro e la consegnazione della cosa: il mutuo è dunque un contratto reale e non consensuale. Similmente dalla stipulazione non nasce azione, quantunque i contraenti non abbiano acconsentito se non dopo l'interrogazione e la corrisponente risposta: dunque neppur questo può dirsi contratto consensuale (*Recitaz.*).

(b) Perchè sono bilaterali e consistono in iscambievoli prestazioni (*Recitaz.*).

(4) Vedete la nota del §. 781 di questi Elementi.

(c) Per esempio il deposito e il pegno sono contratti di buona fede, come pure il comodato; ma consensuali non sono perchè onde aver effetto richiedesi la tradizione della cosa (*Recitaz.*).

(5) *Leg. 52, §. ult. ff. de obl. et act.*

(d) Su ciò differiscono dai verbali e dai letterali, i quali hanno luogo solo colle parole e colla scrittura e tra i presenti, come abbiamo veduto parlando de' contratti verbali (§. 871, 24) (*Recitaz.*).

(6) §. 3, *Inst. de locat. et condut.*

TITOLO XXIV.

Della compra e vendita.

SOMMARIO.

§. 898 Definizione della compra e vendita -- 899 Tre capi costituenti l'essenza di questo contratto -- 900 Assioma primo dedotto dall'essere perfetta la vendita col solo consenso -- 901 a 904 Corollarii che da questo assioma risultano -- 905 Cosa che si conviene di consegnare -- 906 Cose che non si possono vendere -- 907 Consenso nello stesso prezzo -- 908 Corollarii -- 909 Il prezzo dee esser vero, giusto, certo -- 910 Obbligazioni del compratore e del venditore: effetti delle rispettive obbligazioni -- 911 A carico di chi sta il pericolo e il profitto nella vendita: eccezioni e distinzioni relative a questa quistione -- 912 Azioni che risultano dal contratto di compra e vendita -- 913 Azione di compra: a chi compete -- 914 Conseguenze del diritto di esercitare questa azione -- 915 Azione di vendita.

§. 898. *La compra e vendita è un contratto consensuale il cui oggetto è di consegnare una data cosa per un dato prezzo (a).*

§. 899. (b) Dunque all'essenza di questo contratto

(a) *Emptio et venditio est contractus consensualis de re pro certo pretio tradenda*, Leg. pen. §. ult. ff. h. tit. Da questa definizione rilevasi che questo contratto è perfetto col consenso, e consumato colla tradizione della cosa: nè si richiede se in esso si trasferisca o pur no il dominio. Intanto è da sapersi che per definire il contratto di compra e vendita faticarono uomini valentissimi, come Cujacio, Merillo, etc. La maggior parte un tempo opinava che la compra era un contratto consensuale col quale trasferivasi il dominio di una cosa per un prezzo stabilito. Ma il citato Merillo osservò che sì fatta definizione era inesatta; perchè il venditore non è tenuto a trasferire il dominio, ma è sufficiente che consegni la cosa, e in caso di evizione guarentisca l'acquirente. E qualche volta, ancorchè il voglia, neppure può trasferire il dominio; avvegnachè se una persona vende una cosa senza esserne padrone ma possessore di buona fede, non può per la natura delle cose trasferire al compratore un diritto maggiore di quello che non ebbe (*Recitaz.*).

(b) Per l'esatta intelligenza di questo contratto uopo è preventivamente osservare, che in ogni contratto si debbono distinguere le cose essenziali, le cose naturali, e le cose accidentali. Chiamiamo cose essenziali al contratto quelle senza le quali il contratto non può esistere, ma degenera immediatamente in una specie diversa: p. e. non ci può esser compra senza prezzo, e mancando questo, la compra si converte in donazione. Non può esistere la

appartiene 1° il *consenso* (1); 2° la *cosa* o la merce sulla quale cade il consenso (2) (e 3° il *prezzo* convenuto tra i contraenti (3) (*consensus, res, pretium*).

§. 900. Poichè un tal contratto si perfeziona (*substantiam capit*) col consenso (4), così 1° la vendita sarà perfetta appena si sarà convenuto il prezzo (5), purchè non siavi intervenuta convenzione di dover il contratto solennizzarsi colla scrittura (a); imperocchè in tal caso il contratto presumesi perfetto quando la redazione per iscritto ha avuto luogo (6).

§. 901. Dal che risulta, 2° che prima di perfezionarsi il consenso o la redazione per iscritto, ci sia luogo al pentimento, qualora il compratore che si pente presta consenso di perdere la caparra (*quod arrhae*

locazione senza mercede, in contrario diventa comodato. Il prezzo dunque è essenziale alla compra, la mercede alla locazione — Chiamiamo cose naturali del contratto quelle che sono state introdotte dalle leggi, ma che possono esser mutate per convenzione delle parti: p. e. nella compra le leggi vogliono che il venditore sia tenuto a guarentire il compratore in caso di divisione; ma se i contraenti hanno convenuto diversamente tra loro, p. e. che non siavi guarenzia in caso di evizione, la di loro volontà dee esser ratificata: dunque la evizione è cosa naturale al contratto di compra e vendita — Chiamiamo finalmente cose accidentali al contratto quelle che le leggi non impongono dover nel contratto intervenire, e sono perciò dipendenti dalla sola volontà delle parti contraenti. Così p. e. se il prezzo della compra debba pagarsi in moneta di oro o di argento; se in una volta, all'istante, o in più volte o dopo un determinato tempo, ciò non è certamente disposto dalle leggi, ma è effetto della pura convenzione delle parti, e per conseguenza sono cose accidentali al contratto (*Recitaz.*).

(1) *Pr. Inst. h. t.* (2) *Leg. 8, pr. ff. de con. empt.*

(3) *Leg. 72, pr. ff. de contr. empt.*

(4) Come si è detto nel §. antecedente.

(5) *Pr. Inst. h. t.; Leg. 1, §. ult. Leg. 2, §. 1, ff. eod.*

(a) E ciò non cangia la natura del contratto, sicchè questo diventa contratto per iscritto (*literarius*). Imperocchè la compra e vendita rimane sempre un contratto consensuale, per la ragione che il fondamento della sua obbligazione non è la scrittura, ma sempre il consenso sull'istesso prezzo: siffatto consenso però presumesi esistere sol quando sia sottoscritto in doppio originale, perchè sino alla sottoscrizione i contraenti ne sospesero l'effetto.

(6) *Pr. Inst. h. t.; Leg. 17, Cod. de fid. instr.*

nomine dedit) (*), o se il venditore che si pente presta consenso di restituire il doppio della caparra ricevuta (1); 3° che perfezionata una volta la vendita non ci sia più luogo a pentimento, quando anche voglia esser soggetto alla perdita della caparra, o a pagare i danni-interessi, o a restituire al compratore il doppio del prezzo (2) (a).

§. 902. Dallo stesso assioma (3) risulta: 4° non poter alcuno essere astretto a vendere o a comprare se non per causa di equità, o di utilità pubblica (4) (*); 5° che la vendita estorta per forza o per timore non venga dal pretore ratificata (5).

§. 903. Per la stessa ragione 6° il dolo che fu causa della vendita, la rende nulla (6); ma non è lo stesso del dolo incidente al contratto, perchè siffatto dolo

(*) Circa l'etimologia della voce *Arrha*, Varrone de Ling. lat. IV dice: *Arrhabo sit dicta ut reliquum reddatur. Hoc verbum a Greca ἀρᾶν, reliquum.* Ma il Salmazio, de mod. usur. cap. 14 dimostra derivare una tal voce dall'Ebraico e dinotare propriamente *pignus*. E in vero i Romani nelle vendite non davano solamente il danaro per caparra, ma altresì l'anello, *Leg. cuicumque* 5, §. 13, de inst. Quindi fra le *arre* sponsalizie si adoperò l'anello, il qual costume venne forse dall'antico rito nuziale *coemptionis*.

(1) *Pr. Inst. h. t. Leg. 17, Cod. de fid. instr.*

(2) *Leg. 3, et Leg. 6, Cod. de resc. vend. Leg. 5, Cod. de obl. et act.*

(a) La ragione è, che la compra e vendita è un contratto nominato, e i soli innominati sono di tal natura da poter in essi aver luogo la ritrattazione delle parti (*Recitaz.*).

(3) Esposto nel §. 900 di questo Titolo.

(4) §. ult. *Inst. de his qui sui vel alieni juris*; *Leg. 12, pr. ff. de religiois*, *Leg. 14, §. 1, ff. quemadmodum serv. amitt.* *Leg. 11, Leg. 14, ff. de contr. empt.*

(**) I casi ne quali può taluno per le enunciate cause essere astretto a vendere, son chiari dalle citate disposizioni; ma da' libri del diritto non costa in quali casi possa esser taluno astretto a comprare, siccome dimostrò il nostro celebre giureconsulto Giuseppe Cirillo nel trattato de *empt. cap. 2*, contra quei dottori i quali credono poter al proposito adattarsi certe leggi, che per altro son del tutto aliene.

(5) *Leg. 9, §. 3, ff. quod. met. caus. Leg. 1, Cod. de vend.*

(6) *Leg. 7, pr. ff. de dolo.*

non impedi il consenso: e perciò dà soltanto l'azione di vendita per i danni-interessi (1), o l'eccezione del dolo (2).

§. 904. Finalmente, 7° l'errore è un impedimento al consenso; in guisachè se cade sul contratto, o sulla cosa, cioè sul corpo o universalità della sua materia, o sulla persona, la cosa si ha come non comprata, e il contratto è nullo (3); ma non già se l'errore sia caduto soltanto sulla minima parte, o sul proprio nome, o sulla qualità della cosa, o ne' suoi accessori, il che dà soltanto luogo all'azione *quanti minoris* (4).

§. 905. Bisogna inoltre che ci sia la cosa che si conviene di consegnare (5). Tali sono 1° tutte quelle esistenti nel commercio (6), anche la speranza (7), come il gittar delle reti (8), le cose future (9), le cose incorporali, come l'eredità, le azioni (10), e finanche le cose altrui (11) (a).

§. 906. Non possono però vendersi 2° le cose estinte (12); 3° gli uomini liberi (13); 4° le cose di diritto divino (14); 5° le cose pubbliche (15); 6° le mercanzie pestifere o nocive (16); 7° le cose rubate (17); 8°,

(1) *Leg. 13, §. 4, ff. de act. empt.*

(2) *Leg. 9, §. 1, ff. de dol.* Vedete i §§. 896 e 792 colla nota corrispondente.

(3) *Leg. 9, pr. §. 2, Leg. 41, ff. de contrah. empt.*

(4) *Leg. 9, §. 1, 2, Leg. 14, Leg. 45, ff. h. t. Leg. 13, §. 4, 5, ff. de act. empt.* (5) Vedete il §. 899 in questo Titolo.

(6) *Leg. 34, §. 1, ff. h. t.* (7) *Leg. 8, §. 1, ff. h. t.*

(8) *Leg. 12, ff. de act. empt.* (9) *Leg. 39, §. 1, ff. h. t.*

(10) *Tit. ff. et Cod. de hered. vel act. vend.*

(11) *Leg. 21, ff. de contr. empt.*

(a) Fino a che la vendita abbia vigore tra i contraenti. Dal che risulta che la cosa essendo evinta, il venditore è tenuto all'evizione verso il compratore, *Leg. 29, pr. ff. de evict.* S'è fatta vendita non esclude però il diritto del proprietario, il quale ha la facoltà di rivendicar la cosa sul compratore, purchè non sia prescritta, *Leg. 30, §. 1, ff. de act. empt.*

(12) *Leg. 15, pr. ff. h. t.*

(13) *Leg. 6, pr. Leg. 34, §. 2, ff. cod.*

(14) *§. ult. Inst. h. t.* Vedete la nota del §. 315, e il n° 2° del §. 317 di questi Elementi. (15) *Leg. 6, pr. Leg. 62, §. 1, ff. cod.*

(16) *Leg. 34, §. 2, ff. cod.* (17) *Leg. 35, §. 3, ff. cod.*

e le cose litigiose (1). Particolari proibizioni ci sono per certi dati oggetti, come la porpora, la seta, il frumento del pubblico canone, le armi, il vino, l'olio, le cariche pubbliche: attualmente però secondo la posizione degli stati moderni sì fatte cose non sono nè sempre, nè in ogni luogo osservate.

§. 907. Finalmente debbono i contraenti consentire nel medesimo prezzo (2), il quale consiste in danaro contante. (3). Il prezzo è quello che vien regolato per costituire la vendita.

§. 908. Dal che rilevasi: 1° che se si dia una cosa per cambiarla con un' altra, non è una vendita ma una permuta (4) (a); 2° che se si dia una cosa e un prez-

(1) *Leg. 2, Leg. ult. Cod. de litig.*

(2) Come si disse nel §. 899.

(3) §. 2, *Inst. h. t.*; *Leg. 2, §. 1, ff. de contrah. empt.*; *Varrone, de ling. lat. lib. 5, p. 36.*

(4) §. 2; *Inst. h. t.*; *Leg. penult. Cod. de empt. et vend.*

(a) In ciò fuvvi diversità di parere tra le sette (§. 7, nota). I Cassiani co' Sabiniani opinavano che la compra potesse aver luogo quando si fosse data una cosa in luogo del prezzo, perchè Omero lib. 7, *Iliad.* disse de' Greci:

Εἴθεν ἄρ οἰνίζοντο καρμχομόωντες Ἀχαιοί.
 Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἰθωννὶ σιδμῖρῳ
 Ἄλλοι δὲ ρινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖρι βοίσσιν:
 Ἄλλοι δ' ἀνδραποδίσσιν

In latino.

*Inde capillati sibi vina parare Pelasgi
 Ære micante alii, nitido pars altera ferro,
 Pars bubulis tergis, ipsis plerique juvencis,
 Pars quoque mancipis.*

In italiano.

I Greci capellati si procuravano i vini, certoni dando del rame, altri ferro imbrunito, altri cuojo di bovi, e bene spesso gli stessi giovanghi, altri finalmente gli schiavi.

I Proculejani però affermavano che ciò non era una vendita, ma una permuta, giovandosi altresì di un passo di Omero, lib. 6, *Iliad.* ove è detto aver Clauco permutate le sue armi con Diomede *Leg. 1, §. 1, ff. de contr. emp.* Ma l'imperador Giustiniano decise uniformemente a' Proculejani, §. 2, *Inst. h. t.*

zo, la natura del contratto sarà caratterizzata in ragione del valore più grande del prezzo, o della cosa che l'accompagna, per decidere se è una vendita o una permuta (1); 3^a ma se la cosa o il danaro che l'accompagna sieno di egual valore, fa d'uopo esaminar ciò che siasi voluto fare fin dal principio (2); in guisa che la presunzione è per la vendita come contratto più ordinario, sebbene Carpzovio sia di contrario avviso (3).

§. 909. Sicchè fa d'uopo 1^o che il prezzo sia vero: per conseguenza il prezzo simulato non costituisce vendita (4), per esempio, se si comprasse con un sol pezzo di moneta (5): tutt'altro e a dirsi se siasi venduto a un minor prezzo *donationis causa* (6). 2^o Dee esser giusto: sicchè il contratto rimane rescisso per la lesione enorme (7): sì fatta disposizione estendesi agli altri contratti di buona fede. 3^o Dee esser certo o in se stesso, o relativamente a un'altra quantità (8): può in conseguenza rimettersi al giudizio di una terza persona certa, la quale se avrà determinato il prezzo, uopo è attenersi alla sua fissazione (9): qualora poi questa terza persona non l'avrà definita, la vendita si ha come non avvenuta.

§. 910. Del rimanente, il compratore è tenuto a pagare il prezzo, e il venditore alla tradizione della cosa. Dal che risulta: 1^o che non essendosi ancora pagato il prezzo, e non avendo il compratore in qualunque modo soddisfatto il venditore, quando anche fosse seguita la tradizione della cosa, questa non passa in proprietà del compratore, a meno che il venditore non

la sua decisione è attualmente di grande uso nel diritto di retratto il quale si concede nella compra e vendita, e non già nella permuta.

(1) Leg. 6, Cod. de pact. inter empt et vend.

(2) Arg. Leg. 6, §. 1, Leg. 24, §. 4, ff. de act. empt.

(3) Part. 2, const. 32, def. 15, n^o 7.

(4) Leg. 2, §. 1, Leg. 36, ff. Leg. 8, Cod. h. t.

(5) Arg. Leg. 46, ff. locat. cond. (6) Leg. 38, ff. h. t.

(7) Leg. 2, Cod. de resc. vend.

(8) §. 1, Inst. L. 7, §. 1, et 2, ff. h. t.

(9) Leg. ult. Cod. §. 1, Inst. h. t.

abbia seguito la fede del compratore (1): 2° che non essendosi esibito il prezzo, non possa il compratore esercitar la sua azione per farsi consegnar la cosa (2); 3° che possa il venditore intentar con successo l'azione per farsi pagare (*ad consequendum pretium*), qualora gli si opponga non aver egli consegnata la cosa venduta (3); 4° che in questo contratto (4) il comodo e l'incomodo sia eguale da ambe le parti: quindi entrambi i contraenti sono perciò responsabili della colpa lieve (5).

§. 911. In generale il caso fortuito va in tutti i contratti a carico del proprietario della cosa (6): ma nella vendita sebbene prima della tradizione il proprietario della cosa sia il venditore, pure perfezionato una volta il contratto (7), il pericolo e il comodo della cosa venduta passano immediatamente al compratore (8), eccettuati però i quattro casi seguenti: 1° se non ci sia stato antecedente dolo o colpa anche lieve del venditore (9); 2° se il venditore non siasi dichiarato responsabile de' casi fortuiti (10); 3° se la cosa non sia perita per un vizio antico (11); 4° se la cosa non sia stata venduta a peso, numero e misura: imperocchè in questo caso il pericolo non passa a carico del compratore se non dopo che le cose sono state pesate, numerate, o misurate (12); o finalmente 5° se la cosa venduta a condizione di esser gustata, non sia perita prima di essersene fatto il saggio (13).

§. 912. Siccome in questo contratto *sinalagmatico*

(1) §. 41, *Instit. de re divis. Leg. 19, ff. de contr. empt.*

(2) *Leg. 11, §. 2, in fin. Leg. 13, §. 8. et 9, ff. de act. empt.*

(3) *Leg. 25, ff. de act. empt. et vend.*

(4) Vedete il §. 788 di questi Elementi.

(5) *Leg. 23, ff. de regulis juris; Leg. 5, §. 2, ff. commod.*

(6) *Leg. 9, Cod. de pign. act.*

(7) Vedete il §. 900 di quest'opera.

(8) §. 3, *Inst. h. t.; Leg. 8, pr. ff. de peric. et com. rei vend.*

(9) §. 3, *Inst. h. t.* Vedete il n° 4, del §. antecedente.

(10) §. 3, *Inst. h. t.; Leg. 1, pr. ff. de peric. et com. rei vend.*

(11) *L. 1, L. ult. Cod. cod.* (12) *L. 35, §. 5. ff. de con. em.*

(13) *Leg. 24, §. 5, ff. eod.*

e nominato entrambi i contraenti restano obbligati in forza del contratto (1), così da questo nascono *due* azioni dirette le quali portano il nome del contratto medesimo (2), cioè l'azione di *vendita* e quella di *compra* (*actio empti*, *actio venditi*).

§. 913. L'azione di compra compete al compratore, il quale ha già dal canto suo adempiuto al contratto (3), contra il venditore, o di costui eredi, ad oggetto di farsi consegnare la cosa venduta co' frutti, accessori e ogni causa (4); come pure di farsi risarcire il danno cagionato da colpa anche lieve del venditore (5) (a).

§. 914. Dal che risulta: 1° essere il venditore assolutamente tenuto alla tradizione della cosa, e di non poterne rimaner disciolto coll' offerta de' danni-interessi (6); 2° che al contrario possa il compratore ripetere i suoi danni-interessi qualora la tradizione della cosa non abbia avuto luogo per colpa del venditore (7); 3° che debba questi dare il libero possesso della cosa (8) coi frutti pendenti, e quelli percepiti posteriormente al contratto (9), con tutti gli accessori e ogni causa: al che appartengono le cose attaccate e suggellate, e non quelle distaccate (*fixa vincla*, *non ruta caesa*) (10) (b), nè il letame, qualora il venditore lo tenesse più per un oggetto di commercio che per concimare il terreno (11).

(1) Vedete il §. 782 (2) Vedete il §. 774.

(3) Vedete il n.° 2° del §. 910, *ivi*.

(4) Vedete il §. 354, *ivi*. (5) Vedete il n.° 4° del §. 910, *ivi*.

(a) Imperocchè se la cosa sia talmente viziosa da non poter essere di alcun uso al compratore, questi ha contra il venditore l'azione edilizia, detta *redibitoria*, acciò costui riprenda la cosa viziosa offerta co' suoi frutti e causa, e restituisca il prezzo ricevuto, *Leg. 21, Leg. 23, Leg. 25, ff. de aedil. edict.*; ma se la cosa è di un prezzo minore, il compratore ha altresì l'azione edilizia *quantum minoris*, *Leg. 18, pr, Leg. 61, ff. cod.*

(6) *Leg. 11, §. 2, ff. de act. empt.* Vedete il n.° 3° del §. di questi Elementi. (7) *Leg. 1, pr. Leg. 11, §. 9, ff. cod.*

(8) *Leg. 2, §. 1, Leg. 3, pr. ff. Leg. 8, Cod. eod.*

(9) *Leg. 13, §. 10, ff. Leg. 13, Leg. 16, Cod. eod.*

(10) *Leg. 17, pr. et §. 5, et 6, Leg. 38, §. 2, ff. cod.*

(b) V. *Festo alla v. ruta caesa*, e *Nonn. Marcello, cap. 2, §. 728.*

(11) *Leg. 17, §. 2, ff. cod.*

§. 915. L'azione di vendita compete al venditore che conseguì la cosa (1), contra il compratore e di costui eredi, ad oggetto di essere rimporsato del presso cogl'interessi dal giorno della mora (2), e di far risarcire, secondo l'equità, il danno cagionato anche per colpa lieve (3).

TITOLO XXV.

Della locazione e conduzione.

SOMMARIO.

§. 916 Definizione del contratto di locazione e conduzione -- 917 Locazioni di cose, locazioni di opere -- 918 Trattati di somiglianza tra questo contratto e quello di compra e vendita: requisiti essenziali al contratto di locazione il *consenso*, la *cosa* o i *lavori*, la *mercede* -- 919 Corollarii derivanti dal principio che il *consenso* o *essenziale* al contratto di locazione -- Continuazione di questi corollarii -- 920 Quali cose si possano locare -- 921 In che consiste il prezzo o mercede -- 922 Necessità della mercede nella locazione -- 923 Continuazione -- 924 Obblighi del conduttore -- 925 Continuazione -- 926 e 929 Azioni emergenti dal contratto in esame:

§ 916. L'altro contratto che si perfeziona col consenso è la *locazione-conduzione*, la quale si definisce *un contratto consensuale ad oggetto di dar l'uso di una cosa per un determinato tempo ovvero un'opera* (a),

(1) Vedete il n.º 3º del §. 910 di questi Elementi.

(2) Vedete la nota del §. 781 *ivi*.

(3) Vedete il n.º 4º del citato §. 910.

(a) Chi prende in fitto territorii chiamasi *colono*; chi prende le case a pigione dicesi *inquilino*, *Leg. 37, ff. de odq. poss.*; chi prende in fitto le gabelle si denomina *pubblicano*, *Leg. 16, ff. de verb. obl.* Si dà pure a locare un'opera a farsi. Siffatta obbligazione ha ciò di particolare che chi dà la pensione o pagamento dicesi *locatore dell'opera e conduttore delle opere*: colui che assume l'intrapresa del lavoro mediante pensione dicesi *conduttore ovvero intraprenditore*, *Leg. 60, §. pen. ff. h. tit.* ed anche *locatore delle opere*, *Leg. 22, §. 2, Leg. 25, §. pen. ff. h. t. Leg. un. pr. ff. de aestimat.*

DIRITTO PATRIO SUL TITOLO XX.

Il titolo delle nostre Leggi Civili corrispondente al Titolo XXº di questi Elementi è il VI del Lib. III delle mentovate Leggi dall'art. 1427 all'art. 1547.

col riceverne il prezzo convenuto. (a).

§. 917. Si chiama locazione-conduzione delle cose quando si profitta dell' uso della cosa (*quando rei usus*) : si chiama locazione-conduzione delle opere , quando si prestano opere servili (b) : si chiama locazione-conduzione dell' opera, quando questa si fa mediante un salario (1).

§. 918. Siccome dunque in questo contratto si presta l'uso della cosa o pur delle opere per un determinato salario, (2), così tra il medesimo contratto e quello di vendita evvi una grande armonia (3) : quindi è che tre cose sono dell' essenza di esso, cioè 1° il consenso ; 2° l' uso della cosa o pur dell' opera ; 3° il salario ossia mercede (4).

§. 919. E poichè si perfeziona col consenso, risulta 1° esser perfetta la locazione, appena convenutosi del prezzo (*simul ac de mercede convenerit*) ; purchè non siasi fra i contraenti espressamente convenuto di redigere la convenzione in doppio originale (5).

§. 920. Risulta 2° poter contrarre una locazione quei

(a) *Locatio-conductio est contractus consensualis de usu rei ad certum tempus, vel opera pro certa mercede praestandis.* Abbiám detto in primo luogo che la locazione conduzione è un contratto consensuale, perchè è fondato sul consenso — Abbiám soggiunto ad oggetto di dar l' uso di una cosa, perchè in questo non si trasferisce il dominio, come nella compra, nè si dà in custodia, come nel deposito, ma il conduttore ha soltanto l'uso. Abbiám detto inoltre ovvero un opera; il che deesi intendere di quelle opere che sono di apprezzo suscettive, come sono i lavori illiberali o meccanici che si eseguono colle mani — Abbiám finalmente soggiunto, col riceverne il prezzo, perchè se il prezzo non è determinato, ma la cosa si dà gratuitamente per un certo uso, non è locazione, ma mandato. (*Recitaz.*).

(b) Imperocchè le opere che appartengono alle arti liberali non si locano, non ammettendo esse mercede alcuna, ma bensì l'onorario (§. 800, nota). Sicchè fra un avvocato e il suo cliente ci è il mandato, tra il precettore e lo studente ci è il contratto *facio ut des*, e non la locazione-conduzione.

(1) *Leg. 5, §. 1, ff. de verb. sign.* (2) Siccome si è detto poc' anzi nel §. 916.

(3) *Pr. Inst. Leg. 2, pr. ff. h. t.*

(4) Vedete il §. 899 di questi Elementi.

(5) *Leg. 17, C. de fid. instr.* Vedete i §§. 900 e 901.

soli che possono consentire e disporre della loro cosa (b): ma non già i decurioni (a), i militari, i chierici, ai quali è inibito di contrarre alcuna locazione (b), nè i tutori o curatori i quali non possono far contratto di locazione-conduzione delle cose fiscali, o di proprietà del principe, prima di dare i conti (1). Quindi coloro i quali esercitano arti rumorose (*) non possono prendere in fitto locali vicini alle scuole, se i capi di queste non vi prestino consenso (2).

§. 921. Si possono locare le cose e le opere (3), cioè le cose che sono in commercio, purchè non si consumino col primo uso (4) (c); e le opere, purchè sieno oneste e solite a esser locate (5) (**).

(b) Le leggi però vietano di prendere in fitto, ad alcuni per *necessità*, ad altri per *pubblica utilità*, ad altri per *privilegio* (Rec.).

(a) A questi è inibito per necessità, perchè se prendessero beni rustici in fitto, sarebbero distratti dalle curie alle quali sono adetti (*Recitaz.*).

(b) A' militari è inibito per pubblica utilità affinchè non sieno distolti dal loro uffizio; agli ecclesiastici è anche inibito per utilità pubblica affinchè mischiandosi in affari domestici non prestino più lentamente il culto a Dio.

(1) *Leg.* 30, *Leg.* 31, *Cod. h. t.*; *Leg.* 49, pr. §. 1, *ff. cod.*; *Leg.* un. *Cod. de tut. vel curat. vect. cond.*

(*) Costoro, per lo *privilegio* de' letterati venivano proibiti. Rebuffo scrisse un libro de' privilegi de' letterati, ove tra i molti quasi tutti ridicoli, novera e difende ancor quello di non poter prender locali in fitto vicini alle scuole. Ma nel testo delle *Legge un. Cod. de studiosi libert* nulla si rinviene che dimostri un sì gran privilegio.

(2) *Arg. Leg. un. Cod. de liberal. art. urb. Rom. Perezio* sulla detta *Leg. un.*; n.º 7.

(3) Siccome si è detto nel §. 917 in questo Titolo.

(4) *Leg.* 3, §. ult. *ff. commod.*

(c) Altrimenti non si trasmetterebbe l'uso ma il dominio (*Rec.*).

(5) *Arg. Leg.* 26, *ff. de verb. obl.* §. 1, 4, *Inst. h. tit.* *Leg.* 5, §. 2, *ff. de praeser. verb.* l. 13, §. 1, l. 22, §. 1, 2, *Leg.* 24, pr. *Leg.* 25, §. 7, 8, l. 26, l. 31, *ff. h. t.*

(**) Qui l'autore si rende più preciso nelle Recitazioni, e così si esprime « Si possono locare anche tutti i lavori meccanici, e non già i lavori liberali e quelli che si eseguono colla mente; dappoichè siccome questi non sono suscettivi di apprezzamento, così non si può di essi stabilir mercede. E se mercede non può stabilirsi neppur di locazione sono suscettivi. E perciò i Ministri del Santuario, i professori, gli avvocati, non locano lavori; ma solo gli artieri e i mercenarii; onde i letterati non ricevono mercede, ma onorarii ».

§. 922. Il prezzo o mercede (1) dee similmente consistere in danaro contante; imperocchè la locazione con cui si promettesse un'altra cosa, ovvero un fatto per un'opera, degenererebbe in contratto innominato *facio ut des*, vel *facio ut facias* (2): possono pertanto le cose fruttifere locarsi per una porzione de' frutti (3); e in questo caso i conduttori diconsi *coloni parziarii*, i quali sono in certa guisa simili ai socii (4).

§. 923. In quel modo che nella vendita è essenziale il prezzo (5), così ancora nella locazione conduzione è necessaria la mercede o salario: essa debb'esser 1° vera; imperocchè altrimenti sarebbe piuttosto una donazione (6); 2° giusta, poichè in contrario l'uno dei due contraenti potrebbe per causa della lesione oltre metà istituir l'azione in rescissione (7); *determinata* o in se stessa, o relativamente al parere di un'altra persona (8): laonde quando anche si convenga una *per quanto giusta* mercede, la locazione è nulla (9), tranne se si fatta mercede sia regolata dalla legge (10).

§. 924. Siccome nel contratto di locazione-conduzione non per altro si dà se non per ricevere un compenso proporzionato all'uso di una cosa o di un'opera (11), risulta 1° che il locatore e il conduttore vicendevolmente si guarentiscano la colpa lieve (12); 2° che il caso fortuito cada a danno del proprietario, e che perciò la remissione del prezzo, o mercede dee esser da lui fatta in ragione della perdita, qualora il godimento

(1) Vedete il §. 918 in questo Titolo.

(2) §. 2, *Inst. h. t.*; *Leg.* 5, §. 2, *ff. de praescript. verb.*

(3) *Leg.* 35, §. 1, *ff. Leg.* 21, *Cod. h. t.*

(4) *Leg.* 25, §. 6, *ff. h. t.*

(5) Vedete il §. 909 di

questi Elementi.

(6) *Leg.* 20, §. 1, *Leg.* 46, *ff. h. t.*

(7) *Leg.* 2, *Cod. de resc. vend.*

(8) Rivedete il §. 906

pocanzi citato.

(9) §. *Inst. h. t. Leg.* 22, *ff. de praescript. verb.*

(10) *Mat.* 20, v. 4, 7.

(11) Siccome si è detto nel §. 916 di questo Titolo.

(12) *Leg.* 23, *ff. de reg. jur.*; *Leg.* 13, §. 1, *Leg.* 25, §. 3, *Leg.* 31, *fin. ff. h. t.* Vedete il n.º 2º del §. 788 di questi Elementi.

sia stato impedito , o per colpa del locatore , ovvero per un accidente impreveduto (1); o se il conduttore temendo la imminenza del pericolo abbia derelitto la cosa (2), quando anche le opere non sieno state prestate , ma non per mancanza del locatore (3).

§. 925. La locazione-conduzione differisce soprattutto della vendita nell' essersi dato il prezzo non per godere in perpetuo di una cosa, ma solo per un tempo determinato (4). Dal che risulta 1° che scorso il tempo stabilito , e prestate le opere , o cessato il dritto del locatore (a), la locazione finisce (5): 2° che il conduttore non possa senza giusta causa abbandonar la cosa locata (6), nè essere espulso dal locatore, se non per mancanza di pagamento di un biennio (7) , o per aver fatto cattivo uso della cosa (*ob perversum rei usum*) (8), o per le necessarie riparazioni locative , o per l' uso proprio del padrone (9).

§. 926. Finalmente , giusta i principii dell' equità, gli antichi conchiusero , che quel conduttore il quale continui a far uso della cosa dopo finito il tempo ,

(1) *L. 15, §. 1, et seq. L. 25, §. 1, L. 33, fin. ff. h. t.*

(2) *Leg. 27, §. 1, ff. h. t. Leg. 49, §. 1, ff. ad Leg. Aquil. Leg. 28, ff. de damn. inf.*

(3) *Leg. 19, §. 9, 10, Leg. 38, pr. ff. h. t.*

(4) Vedete il §. 916 in questo Titolo.

(a) Dal che risulta che venduta la cosa il compratore possa espellere il conduttore , siccome insegnano le leggi de' Germani e de' Belgi, sebbene in Olanda, nel Brabante , nella Flandra si osservi il contrario, *Wissebach, de curat. bon. dand. §. 14, Gudelín, de jure noviss.* lib. 3, cap. 7. La prima regola è però uniforme a' principii del diritto , *Leg. 9, Cod. de loc. cond*; imperocchè il conduttore non ha alcun diritto reale per farsi mantenere nella cosa locata , a meno che non abbia una ipoteca su di esso ; nè verun diritto *in rem* , perchè non ha giammai contratto col compratore ; e questi come successore a titolo particolare non è tenuto a guarentire i fatti del suo autore. Quindi è che il conduttore ha soltanto contra il locatore l'azione pe'dannii-interessi. *Leg. 25, §. 1, ff. loc. conduct.*

(5) *Leg. 13, §. ult. Leg. seq. Leg. 9, §. 1, ff. h. t.*

(6) Vedete il n° 2° del §. antecedente.

(7) *Leg. 54, §. 1, Leg. 56, ff. h. t.*

(8) *Leg. 3, Cod. h. t.*

(9) *Dicta Leg. 3, Cod. eod.*

sembra aver tacitamente continuato la sua conduzione per un anno, qualora il predio sia rustico; e se il predio sia urbano, per la stessa condizione, e per lo stesso tempo (1): quindi la locazione-conduzione suole esser divisa in espressa e tacita.

§. 927. Del resto da un tal contratto entrambi i contraenti sono dal principio obbligati; e ne nascono due azioni dirette (2), cioè quella di *locazione* (*actio locati*) e quella di *conduzione* (*actio conducti*).

§. 928. L'azione *locati* compete al locatore contra il conduttore e di costui eredi, affinchè il prezzo, ossia mercede, non pagato nel tempo stabilito, lo sia cogl' interessi, dal giorno della mora (3); che la cosa locata sia restituita finito il tempo indicato nel contratto (4); e che sia risarcito il danno cagionato, anche per colpa lieve (5).

§. 929. L'azione *conducti* compete al conduttore contra il locatore, o di costui eredi, acciò questi gli dia l' uso o della cosa o delle opere (6); che gli si rimborsino le spese necessarie ed utili fatte sulla cosa locata (7); e per lo risarcimento dei danni cagionati per colpa anche lieve del locatore (8).

(1) *Leg.* 13, §. ult. *Leg.* 14, ff. *Leg.* 16, *Cod. h. t.*

(2) Vedete il §. 782 di questi Elementi.

(3) Vedete il §. 922 e seguenti di questo Titolo.

(4) Vedete il §. 925 e seguenti, *ivi*.

(5) Vedete il n.º 1º del §. 924, *ivi*.

(6) Vedete il §. 916, *ivi*.

(7) *Leg.* 55, §. 1, *Leg.* 61, ff. *h. t.*

(8) Rivedete il n.º 1º del citato §. 924 in questo Titolo.

DIRITTO PATRIO SUL TITOLO XXV.

Il titolo delle nostre Leggi civili corrispondente al tit. XXV di questi Elementi è il VIII del Libro III delle mentovate Leggi, dall' art. 1554 all' art. 1677.

Del contratto enfiteutico.

S O M M A R I O.

§. 930. L' enfiteusi ha molta relazione coi contratti di compra e vendita e di locazione conduzione , ma non è del tutto simile a questi contratti -- 931 Etimologia della voce enfiteusi -- 932 Il diritto dell' enfiteusi è un diritto reale -- 933 Definizione dell' enfiteusi -- 934 Conseguenze risultanti dal principio che l' enfiteusi è un contratto consensuale -- 935 Diritti dell' enfiteuta -- 936 Continuazione -- 937 Sue obbligazioni -- 938 Modi co' quali l' enfiteusi si estingue -- 939 Azioni emergenti da questo contratto -- 940 A chi competono.

§. 930. In occasione di questo titolo l' imperadore tratta dell' enfiteusi : e sebbene questa abbia molta relazione colla compra e vendita, e colla locazione-conduzione , pure non è a tali contratti del tutto simile : ecco perchè ricevè una natura particolare in forza della costituzione di Zenone (1).

§. 931. L' enfiteusi è così chiamata da *ἐμφυτεύειν* che vuol dire *piantare*, perchè allora quando un paese veniva ridotto in provincia , i campi pubblici dissodati si locavano a perpetuità per un dato annual tribuito, e quelli ancora incolti si assegnavano in enfiteusi, mercè un annuo canone ; in guisa che l' enfiteuta aveva sul predio un dritto approssimativo alla proprietà, ovvero un dominio utile (2). Questo dritto fu in seguito esteso ai beni dei principi, delle Chiese, delle città, ed anche dei particolari : e queste specie di beni cominciarono a promiscuamente chiamarsi *tributarii ed enfiteutici* (*vectigalia , et emphyteutica*) (3).

§. 932. Quindi il dritto dell' enfiteusi, dopo la tradizione , è un dritto reale , un dominio semipieno e molto approssimativo alla proprietà (4) : laonde colui che ha il dominio diretto chiamasi *padrone dell'enfiteusi*, e colui che ha il dominio utile diccsi l' enfiteuta.

(1) §. 3 , *Instit. h. t. Leg. 1, Cod. de jur. emphyt.* Vedete il §. 897 di questi Elementi.

(2) *Burm. de vectigal. pop. rom. pag. 128 seg. et pag. 148 seg.* (3) *Schulth. Exerc. 16 , §. 66 et seq.*

(4) *Leg. 12 , fin. Cod. de fund. patr. ; Leg. ult. Cod. de cens. et censit. ; Leg. 1, Leg. 8, Leg. 11, Cod. de omni agr. des.* Vedete il §. 337 di questi Elementi.

§. 933. Questo dritto reale è soprattutto stabilito (a), in virtù del *contratto di enfiteusi*, il quale vien definito un *contratto consensuale ad oggetto di accordare ad un'altra persona il dominio utile o in perpetuo, o a lunga data, coll'obbligo di pagare in ciascun anno al padrone dell'enfiteusi un determinato canone in ricognizione del di costui dominio diretto* (1).

§. 934. Or siccome l'enfiteusi è un contratto consensuale (2), nè risulta: 1° che si perfezioni col solo consenso; 2° che la redazione in iscritto (*scriptura*) di cui parla Giustiniano (3), non serve che alla prova (4); soprattutto nell'enfiteusi ecclesiastiche perpetue (5); 3° che finalmente la tradizione la quale segue un tal contratto dia luogo al dritto reale (6).

§. 935. E poichè l'enfiteuta acquista il dominio utile (7), nè risulta: 4° che acquisti altresì tutti i frutti, ogni utilità, e anche i tesori ritrovati nel fondo (8); 5° che abbia il dritto d'imporre una servitù (9), di cangiare l'aspetto del fondo, purchè non lo renda deteriore (10), di gravarlo d'ipoteca (11), di donarlo, di permutarlo (12); 6° che possa venderlo, purchè lo denunci al padrone, in caso che voglia co-

(a) Imperocchè siffatto diritto si acquista con disposizioni di ultima volontà, o mercè prescrizione di lungo tempo, *arg. Leg. 26, pr. ff. de pign. act.; Leg. ult. Cod. de praescript. long. temp.*

(1) *Emphyteusis est contractus consensualis de dominio utili praedii* (§. 932) *alteri in perpetuum vel ad tempus non modicum, pro certo annuo canone in agnitionem domini praestito, concedendo*, §. 3, *Inst. de loc. cond. Leg. 1, pr. ff. si ager vectig. id est emphyteut. pet.*

(2) Siccome si è detto nel §. 932 al principio di questo Titolo.

(3) §. 3, *Inst. de loc. cond.* (4) *Leg. 1, Cod. de jur. emph.*

(5) *Nov. 27, pr. Nov. 120, cap. 5.*

(6) *Leg. 20, Cod. de pact.* (7) Siccome pur si è detto nel citato §. 932 al principio di questo titolo.

(8) *Arg. §. 39, Instit. de rer. divis.* (9) *Leg. 1, §. ult. ff. de superf.*

(10) *Auth. qui rem. Cod. de SS. Eccl.*

(11) *Arg. Leg. 31, ff. de pign. act.*

(12) *Leg. 1, Cod. de sunt. patr.*

stui servirsi del dritto *εποταμσις*, cioè di *prelazione* (1); 7° che ne sopporti i pesi i tributi (2).

§. 936. Da questo medesimo principio risulta: 8° poter l'enfiteuta revindicare il fondo dalle mani di un possessore qualunque, e per fino dal padrone diretto dell'enfiteusi (3); 9° poterlo trasferire in proprietà ad altri, sia a titolo universale, sia a titolo particolare, con questa differenza però che il successore particolare deve, a titolo di laudemio, la cinquantesima parte del prezzo (4).

§. 937. E siccome questo dominio utile si concede per l'annuo canone, e sì fatto canone si paga in riconoscizione del dominio diretto (5), risulta 10° non poter il menzionato canone assolversi per causa di sterilità, o per incursione dei nemici (6; 11° che l'obligazione cessi sol quando l'intero suolo soggiaccia a distruzione (7).

§. 938. Oltre il caso della distruzione della cosa (8), il diritto dell'enfiteusi si estingue 1° colla consolidazione (9) (a); 2° colla prescrizione (10) (b); 3° colla cessazione del pagamento del canone, per tre anni al padrone secolare (11), e per due anni alla Chiesa (12). In questi casi il dominio utile dell'enfiteusi si estingue *ipso jure* (che che ne dicano gli autori); e quan-

(1) *Leg. 3, Cod. de jur. emphyt.*

(2) *Leg. 2, Cod. ibid.* (3) *Leg. 1, §. ult. ff. h. t.*

(4) *Leg. 3, Cod. de jur. emphyt.*

(5) Siccome si è detto nel §. 933.

(6) *Leg. 1, Cod. de jur. emphyt., §. 3, Inst. de loc. cond.*

(7) *Leg. 1, fin. Cod. eod. §. 3, Instit. h. tit.*

(8) Vedete il §. antecedente. (9) *Arg. §. 3, Instit. de usufr.*

(a) In fatti o il padrone diretto acquisti con giusto titolo il dominio utile, o il padrone utile, val dire l'enfiteuta, acquisti anche con giusto titolo il dominio diretto, il campo cessa di essere enfiteutico e passa nel pieno dominio del possessore (*Recitaz.*).

(10) *Arg. Leg. 15, §. 25, ff. damn. inf.*

(b) Se fra dieci anni l'enfiteuta non paga al padrone presente, o fra venti anni al padrone assente, e il padrone presti acquiescenza, l'enfiteuta colla prescrizione acquista il dominio pieno (*Rec.*).

(11) *Leg. 2, Cod. de jur. emphyt.*

(12) *Nov. 7, cap. 3, §. 2.*

do anche questi offrisse il canone prima di essergli intentata l'azione, non può purgare la mora (1); tutt' altro viene deciso dal diritto canonico (2); 4° quando la cosa sia venduta senza denunziar la vendita al padrone (3); 5° essendo stata la cosa notabilmente deteriorata (4) (a).

§. 939. In quel modo che dal diritto dell' enfiteusi già costituito nasce l' azione reale o l' utile revindicazione (5), così dal contratto che tende a stabilire questo diritto reale nasce l' azione dell' enfiteusi (*emphyteuticaria*), la quale è diretta dall' una e dall' altra parte (6).

§. 940. L' una compete all' enfiteuta contra il padrone, o il di costui erede, acciò in esecuzione del contratto consegnì il fondo enfiteutico; l' altra compete al padrone dell' enfiteusi per essergli pagato il canone, il laudemio e le altre cose dovute in virtù del contratto (7).

(1) *Leg. 2, Cod. de jur. emphyt. Leg. 2, Cod. de fund. patr.; Auth. qui rem. Cod. de SS. Eccles.; Nov. 120, cap. 8.*

(2) *Cap. ult. X de locat. (3) L. 3, Cod. de jur. emphyt.*

(4) *Dicta Auth. qui rem. C. de SS. Eccles.*

(a) Ciò in fatti si oppone allo scopo di questo contratto che è quello di coltivare il campo incolto e migliorarlo. Ragionevolmente dunque perde il campo colui che a questo fine non adempie (*Recit.*).

(5) Vedete il n.º 8º del §. 936 in questo Titolo.

(6) Vedete il §. 792 di quest' opera.

(7) *Leg. 1, Cod. h. tit.; §. 3, Instit. loc. cond.*

DIRITTO PATRIO SULL' ENFITEUSI.

Il titolo delle nostre Leggi Civili corrispondente a questo appendice relativo al contratto enfiteutico, è il titolo IX del Libro Terzo delle mentovate Leggi, dall' art. 1678 all' art. 1703.

TITOLO XXVI.

Della società.

SOMMARIO.

§. 941 Distinzione tra il contratto di società e la comunione -- 942 Definizione del contratto di società -- 943 Natura di questo contratto -- 944 Sua divisione -- 945 Assiomi sul contratto di Società -- 946 Continuazione -- 947 Obbligazione de' socii -- 948 Osservazioni intorno a queste obbligazioni -- 949 Come si estingue la società -- 950 Continuazione -- 951 Azione emergente da questo contratto -- 952 A chi è relativa l'azione *pro socio*,

§. 941. Il quarto contratto consensuale è la *società* (1), che non bisogna confondere colla *comunione*, la quale è un quasi contratto; mentre la società è un contratto vero. Delle volte anche per caso fortuito ci troviamo in comunione, e senza voler contrarre veruna società. Il contratto di società al contrario si costituisce col consenso (2).

§. 942. La società poi è un contratto consensuale in virtù del quale si mettono in comune le cose o le opere, ad oggetto di ritrarne un comune guadagno (a). Si è creduto ravvisar tra' socii tale amicizia, che riguardati sono come fratelli (3).

§. 943. Essendo dunque la società un contratto consensuale (4), risulta: 1° che la medesima si perfezioni col solo consenso, seguito però da tradizione che nella società universale si presume (5), tranne le cambiali di cui i socii debbonsi fare scambievoli cessioni per la loro parte contingente (6).

§. 944. Si mettono in comune le cose o le opere (7); e da ciò risulta 2° che la società sia o *universale*, o

(1) Vedete il §. 897 di questi Elementi.

(2) *Leg. 31, Leg. 32, Leg. 34, ff. pro soc.*

(a) *Societas est contractus consensualis, de re vel opera communicandi, lucri in commune faciendi causa.* (3) *Leg. 63, pr. ff. h. t.* (4) Giusta la definizione data nel §. antecedente.

(5) *Leg. 1, §. 1, Leg. 2, ff. h. t.* (6) *Leg. 3, ff. eod.*

(7) Siccome si è detto nella definizione della società nel §. 942 di questo titolo.

generale o particolare: universale, allorchè si mettono in comune tutti i beni presenti e futuri, acquistati a qualunque siasi titolo (1); generale allorchè si mettono in comune i soli guadagni (*quae ex questu veniunt*), ma non ciò che deriva da liberalità degli uomini o dalla fortuna (2): particolare, allorchè si contrae per una cosa sola o per un solo affare (3).

§. 945. Dallo stesso principio si deduce: 3° poter una società contraersi per parti diseguali, cioè uno de' socii conferendo più e l'altro meno (4) (a); 4° anzi l'uno col metter le cose, e l'altro le opere (5); purchè queste ultime sieno lecite e oneste (6).

§. 946. Poichè la società si contrae ad oggetto di fare un guadagno comune (7), risulta: 5° non esser valida qualora si contragga per fare una donazione (8) (b); 6° che la società in cui uno de' socii si riserbi tutto il guadagno mentre che tutta la perdita va a carico dell'altro, chiamasi *leonina* (*) ed è perciò proibita (9).

(1) *Leg. 3, §. 1, ff. h. t.*

(2) *Leg. 7, Leg. 8, Leg. 9, Leg. 73, ff. h. t.*

(3) *Leg. 5, pr. Leg. 52, §. 5, ff. cod.*

(4) *Leg. 5, §. 1, ff. cod.*

(a) Gran differenza dunque ci è tra un socio il quale mette in comune le opere, e un commesso che sta alla testa di un negoziato con salario; dappoichè quest'ultimo non partecipa nè i lucri, nè le perdite.

(5) *Dict. Leg. 5, §. 1, ff. cod.*

(6) *Leg. 52, §. 17, Leg. 53, Leg. 57, ff. h. t.*

(7) Siccome si è detto nella definizione §. 942.

(8) *Leg. 5, §. ult. ff. pro socio.*

(b) Come per esempio: io contribuisco 2000, tu 10000: ciò che lucremo sarà tuo, e il danno sarà comune (*Recitat.*).

(*) Dicesi *leonina* dalla famosissima favola di Fedro, *lib. 1, fav. 5*, giusta la quale avendo il Leone contratta società da caccia con altri animali bruti, e avendone riportata grossissima preda, ecco il linguaggio che Fedro mette in bocca al Leone allorchè questi imprende a farne la ripartizione.

*Ego primam tollo, nominor quia Leo;
Secundam, quia sum fortis, tribuetis mihi;
Tum, quia plus valeo, me sequetur tertia;
Malo adfligetur, si quis quartam tetigerit.*

Dietro la qual divisione, Fedro esclama:

Sic totam predam sola improbitas abstulit!

(9) *Leg. 29, §. 2, ff. h. t.*

§. 947. Reputandosi i socii come altrettanti fratelli (1), risulta: 7° esser essi vicendevolmente tenuti alla colpa lieve (2), perchè il socio dee esser contento della industria di colui che si elesse per consocio (3) (a); 8° che se nel contratto di società intervenga dolo o colpa lata per parte di un socio, questi è meritamente notato d'infamia (4); 9° che il socio debba al socio il beneficio della competenza (5); 10° che nella società universale tutto divien comune quantunque ci sia differenza tra le facoltà de' socii, e l'uno spenda più dell'altro (6); che nella società generale i soli guadagni sono comuni (7), e non ciò che deriva dal beneficio degli uomini, o della fortuna (8); 11° che nella società particolare bisogna serbare fra i socii l'egualianza (9).

§. 948. 1° Se le parti del guadagno e della perdita non sieno espresse, allora sono eguali, ma però in ragione della porzione che ciascuno avrà nella società conferito (10) (*); 2° se le parti del guadagno

(1) Rivedete il citato §. 942.

(2) Vedete la nota del §. 787 di questi Elementi.

(3) §. 9, *Inst. Leg.* 72, ff. h. t.

(a) Questo ragionamento è desunto dalla legge 72, ff. *pro soc.* Ma siccome lo stesso si osserva nella comunione in cui taluno ritrovasi per effetto del caso, *Leg.* 25, §. 16, ff. *fam. erc.* la ragione più probabile della citata legge è che il socio sembra aver approvato la diligenza dell'altro socio, dalla cui società non si discostò giammai, mentre poteva liberamente disfarsene.

(4) *Leg.* 1, *Leg.* 6, ff. *de his qui not. inf.* Vedete il n° 2° del §. 775 di questi Elementi. (5) *Leg.* 63, pr. ff. h. t.

(6) *Leg.* 73, pr. et §. 1, ff. h. t.

(7) Vedete il §. 944 in questo Titolo.

(8) *Leg.* 7, *Leg.* 71, §. 1, ff. h. t.

(9) §. 1, *Inst. h. tit.* (10) *Leg.* 6, *Leg.* 80, ff. h. t.

(*) Fra gl'interpreti ci fu chi opinò che per lo testo di *Ulpiano* nella citata leg. 29, se le parti del lucro e del danno non sieno espresse, dovessero essere eguali, ancorchè la collazione fosse stata ineguale. Altri poi ragionatamente sostennero l'opposto, tra' quali *Gerardo Noodt*, *comment. in Paul. h. t.*, il quale dice: *Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere: si modo aliquis plus*

e della perdita sieno espresse, bisognerà stare alla convenzione (*), quantunque le parti sieno diseguali (1); 3° se uno mette la cosa e l'altro l'opera, il guadagno e la perdita sono in comune, ma non già i capitali (2).

§. 949. Quindi le cose comuni si dividono quando la società è finita: ciò avviene 1° colla morte naturale o civile anche di un solo socio (3), e anche quando si fosse convenuto che la società passerebbe agli eredi (4) (a); 2° pel mutuo consenso de' contraen-

contulit societati, vel pecuninae, vel operae, vel cujuscumque alterius rei causa. Dice inoltre che *Ulpiano* tratta due casi: il primo della eguale collazione, il secondo della ineguale: al primo si riferiscono quelle parole *si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat*; al secondo caso han mira le altre seguenti parole, *si vero placuerit, etc.* E stabilisce questa sua interpretazione con sode ragioni. Ma nella società universale, ove non siasi altrimenti convenuto, le parti del lucro debbono esser sempre eguali, colla proporzione aritmetica, e non già colla geometrica, *Vinnio h. t. pr. n° 2.*

(*) E qui è riferibile quell'antica contraversia, se valesse il patto che uno de' socii riportasse due parti di lucro e la terza di danno; e l'altro la terza di lucro e due di danno. *Mc Scevola* risguardò come contraria alla natura della società una tale convenzione, per quanto attesta *Tribon. §. 2, Inst. h. t. 2.* L'opposto opinò *Servio Sulpicio*, il quale approvò il patto suddetto, quante volte uno avesse conferito la cosa e l'altro l'opera. Ma *Azone* e dopo di lui parecchi interpreti suppongono, acciò un tale avviso potesse aver luogo, che la collazione non sia stata eguale; sicchè debba portare maggior lucro chi abbia più conferito nella società o di cosa o di opera: l'opposto sostenne *Vinnio, loc. cit.*, stante la chiara disposizione del §. 1, ove indistintamente viene stabilito, *quod si expressae fuerint partes, hac servari debent*, e per la ragione che col patto si può indurre la ineguaglianza del lucro, senza distruggere la natura della società, la quale consiste unicamente nella comunione del lucro. (1) §. 1, *Inst. h. t.*; *L. 29, pr. §. 1, ff. h. t.*

(2) §. 2, *Instit. et L. 52, §. 2, L. 1, Cod. h. t.*

(3) §. 5, *Inst. Leg. 63, §. ult. ff. h. t.*

(4) *Leg. 35, Leg. 39, ff. h. t.*

(a) Per non andar errato uopo è osservare che l'obbligazione nascente da questo contratto per talui riguardi passa agli eredi, *Leg. 36, Leg. 40, Leg. 63, §. 8, ff. h. t.* ma non la stessa società, sicchè l'erede sia obbligato di rimanere in società. Si eccettua però la società delle pubbliche imposte *Leg. 59, ff. h. t.* E possono i socii convenire che venendo a morire uno di essi,

ti (1), o colla rinuncia di uno di essi (2). Sebbene in generale i contratti sinallagmatici non possono disciogliersi *invito altero*, ciò non pertanto ad evitare la comunione è stato nella società permesso (3) che malgrado la convenzione contraria (4) possa il socio o espressamente o tacitamente rinunciare alla società (5), purchè nol faccia intempestivamente e con dolo (6) (*).

§. 950. La società rimane altresì disciolta: 3° col finire dell'affare pel quale fu contratta (7); 4°, allorchè sia finito il tempo convenuto (8); 5° colla cessione, o col pignoramento e vendita dei beni (9); e finalmente 6° colla distruzione dell'oggetto costitutivo della società (10).

§. 951. Del rimanente, da questo contratto nasce l'azione di società (*actio pro socio*): questa azione è diretta da entrambe le parti (11); e in virtù di essa uno de' socii agisce contro dell'altro e de' di costui credi (12) per mettere i beni in comune (13), farsi

la società dovesse tra gli altri sussistere, §. 5, *Inst. h. t. Leg.* 65, §. 9, *ff. eod.* (1) *Leg.* 63, §. ult. *ff. h. t.*

(2) §. 4, *Inst. h. tit.* (3) *L.* 77, §. 20, *fin. ff. de leg. 2*; §. 4, *Inst. h. tit.* (4) *Leg.* 14, *Leg.* 70, *ff. pro. soc.*

(5) *Leg.* 64, *ff. h. tit.*

(6) §. 4, *Inst. L.* 14, *L.* 17, §. 1, *L.* 65 §. 3, *ff. h. t.*

(*) In questo caso tutto il danno sarà del rinunciante, e se questi avrà dietro la rinuncia percepito del lucro, dovrà comunicarlo coi socii. Circa poi la rinuncia intempestiva abbiamo un esempio nella legge 65, §. 1, *ff. hoc tit. Si cumtus mancipia inita societate, deinde renuncies mihi eo tempore quo vendere mancipia non expedit.* E nella legge 17, §. 1, *cod. Si absenti renunciata societas sit, quoad is scierit, quod is adquisivit, qui renunciavit in comune redigi; detrimentum autem solius ejus esse qui renunciaverit: sed quod absens adquisivit, ad solum eum pertinere: detrimentum ab eo factum; comune esse.* Della rinuncia dolosa ne abbiamo l'esempio nella stessa leg. 65, §. 6, *si quum omnium bonorum societatem inissemus, deinde quum obvenisset uni haereditas; propter hoc renunciavit.*

(7) §. 6, *Inst. h. tit.*; *Leg.* 62, §. 10, *ff. h. tit.*

(8) *Leg.* 65, §. 6, *ff. h. tit.*

(9) §. 7, 8, *Instit. Leg.* 65, §. 1, *ff. h. t.*

(10) *Leg.* 63, §. ult. *ff. eod.*

(11) Vedete il §. 782 di questi Elementi.

(12) V. la nota del §. 949, *ivi.*

(13) V. il §. 952 *ivi.*

rendere i conti, dividere i guadagni (1), e finalmente per lo risarcimento de'danni cagionati per colpa lieve (2).

§. 952. Dal che risulta esser quest' azione relativa alle sole prestazioni personali; e perciò allorchè la società è disciolta, la divisione delle cose rimaste in comune s' intenta non coll' azione *pro socio*, ma coll' azione *comuni dividundo* (3).

N. B. Questo titolo della società nelle nostre LL. civ. è il X^o del Libro III^o, dall' art. 1704 all' articolo 1745.

TITOLO XXVII.

Del Mandato.

SOMMARIO.

§. 953 Definizione del mandato -- 954 In che differisce dagli altri contratti -- 955 Mandato espresso e tacito -- 956 Mandato generale e speciale -- 957, Giudiziale e stragiudiziale -- 958 Differenza tra il mandato in rem alienam e quello in rem suam -- 959 Caratteri distintivi del mandato -- 960 Obbligazioni del mandatario -- 961 Differenti modi co' quali il mandato si estingue -- 962 a 964 Azioni emergenti dal contratto in esame.

§. 953. L' ultimo contratto consensuale è il *mandato* (4) (*); il quale può definirsi *contratto consensuale con cui si assume il peso di gratuitamente amministrare un affare onesto affidatoci da un altro* (5).

§. 954. Questo contratto adunque con facilità distinguasi 1^o dal quasi-contratto chiamato *negotiorum gestio*, in forza del quale taluno assume da se il carico di un affare da niuno affidatogli (6): differisce ancora 2^o dalla *locazione*, perchè questo contratto non è gratuito (7): come pure 3^o dal *consiglio*, perchè consi-

(1) V. il §. 946 e seguenti, *ivi*. (2) V. il n^o 6, del § 917, *ivi*.

(3) L. 1, ff. *com. divid.* (4) V. il §. 897 di questi Elementi.

(*) La parola *mandatum*, siccome è di avviso Isidoro, Orig. IV, 24, deriva dal porgere la mano in segno di fiducia. Onde presso Plauto, *Captiv.* 2, 3, pregando Tindaro a questo modo, *haec per dexteram te, dextera retinens manu, obsecro*, Filocrate risponde, *mandavisti satis, satish' habes, mandata quae sunt, facta si refero?*

(5) *Mandatum est contractus consensualis, quo negotium honestum, ab alio ex fiducia commissum, gratis administrandum, gerendumque suscipitur.*

(6) Vedete i §§. 778 e 969.

(7) Vedete il §. 916, *ivi*.

gliando non si assume verun carico, ma soltanto si dà un parere (1), purchè il consiglio non sia fraudolento (2): come altresì 4° dalla *raccomandazione*, la quale non obbliga la persona cui la cosa è raccomandata (3): differisce infine dal *comando* col quale possiamo obbligare soltanto coloro che sono alla nostra potestà soggetti.

§. 955. Il mandato si rilascia o espressamente o tacitamente: *espressamente*, colle parole o in iscritto, senza una determinata formula (4): *tacitamente*, allorchè taluno permette che tal' altro tratti in sua presenza i suoi affari (5). (a).

§. 956. Il mandato è *generale* o *speciale*, secondo che si estende a tutti gli affari o soltanto ad alcuni (6).

§. 957. Dal modo di costituire il mandatario il mandato può distinguersi in *giudiziale* ed *estragiudiziale* (7); in *puro*, a *tempo*, o *condizionale* (8).

§. 958. Tra il mandato *in rem alienam* e il mandato *in rem suam* evvi qualche differenza. Il primo ha luogo allorchè si agisce in nome e per l'utilità di un altro: il secondo, allorchè si agisce in nome di un altro, ma per proprio vantaggio. Di quest' ultima specie è il mandato con cui il cessionario agisce (9) (b).

§. 959. Dal rimanente della definizione (10) risulta:

(1) §. 6, *Inst. h. t.* (2) *Leg. 47, pr. ff. de regulis juris.*

(3) *Leg. 12, §. 12, ff. h. t.* (4) *Leg. 1, §. 2, ff. h. t.*

(5) *Leg. 6, §. 2, Leg. 53, ff. h. t.*

(a) Possiamo aggiugnere la terza specie che è il mandato *presunto*, il quale risulta dalla parentela e dall'affinità. P. e. se il marito amministra gli affari della moglie, ancorchè non esibisca mandato di procura, si presume di averlo: ma in questo caso le leggi esigono la cauzione per la ratificazione. *L. 35, pr, L. 40, L. ult. ff. mand. (Rec.)*. (6) *Leg. 58, Leg. 60, Leg. 63, ff. de procur.* (7) *Leg. 33, pr. §. 1, Leg. 35, §. 3, Leg. 43, ff. de proc.* (8) §. 12, *Inst. Leg. 1, §. 3, ff. h. tit.*

(9) *Leg. 33, §. 5, Leg. 34, ff. de procur.*

(b) Se per esempio un negoziante di Amsterdam mi deve 100 fiorini, ed io fo cessione di questo credito a mio fratello, questi in tal caso agisce contra il negoziante come mio mandatario, perchè ad esso niente è dovuto: ma siccome nel riscuotere questa somma l'acquista per sè, è mandatario per la cosa sua (*Recitaz.*).

(10) Data nel §. 953 in questo Titolo.

1° che il mandato si contragga col solo consenso di tutte le parti contraenti, quale consenso viene supplito colla ratificazione (1) (*); 2° che non possa darsi l'incarico di portare innanzi una affare illecito: un mandato di tal natura non produce fra i contraenti veruna obbligazione (2); 3° che il mandato non ammetta salario, ma bensì l'onorario (3); 4° che qualora il mandatario ecceda i limiti del mandato, non adempie al contenuto in esso; e in questo caso il mandante non è responsabile del fatto del mandatario (4).

§. 960. E poichè il mandante ripone una singolare fiducia nella persona del mandatario (5), risulta: 5° che ordinariamente il mandatario non possa sostituire: se però abbia sostituito altra persona e abbia questa amministrato con quella stessa diligenza che il sostituito avrebbe posto in opera, il mandante è egualmente obbligato (6) (a); 6° e siccome il mandatario ha volontariamente assunto un obbligo la cui esecuzione richiede una grande diligenza (7), risulta esser egli ordinariamente responsabile della colpa lievissima (8); 7° che il mandatario il quale abbia vergognosamente deluso la speranza del suo committente, sia con frode, sia per colpa lata, viene meritamente notato d'infamia (9) (b).

(1) *Leg. 50, ff. h. t.; Leg. 60, ff. de reg. jur.*

(*) Più chiaramente e più distintamente l'autore si esprime nelle Recitazioni. Dopo aver egli stabilito il principio che il mandato si compie col solo consenso perchè appartiene alla classe de' contratti consensuali, stabilisce due eccezioni. La prima, che in giudizio il mandato dee essere in iscritto, affinchè costi al magistrato e alla parte avversa che l'esibitore del mandato sia il vero procuratore: sicchè questa scrittura non è dell'essenza del contratto. La seconda eccezione è che la ratificazione equivale al consenso e si retrotrae al principio dell'affare.

(2) §. 7, *Inst. Leg. 6, §. 3, Leg. 22, §. 6, ff. h. tit.*

(3) *L. 6, pr. ff. h. t.* Ved. la nota del §. 800 di quest'opera.

(4) *L. 5, ff. §. 8, Inst. h. tit.* (5) *V. il §. 953.* (6) *Leg. 8, §. 3, Leg. 46, L. ult. §. fin. ff. h. tit. V. la nota del §. 778.*

(a) Perchè ha conseguito il suo intento (*Recitaz.*).

(7) Vedete il n° 3° del §. 788, *ivi.*

(8) *Leg. 13, Leg. 21, Cod. h. tit. V. il §. 788, 3°.*

(9) *Leg. 1, Leg. 6, §. 6, ff. de his qui not. inf. §. 2, Inst. de poen. temp. litig.; Leg. 21, Cod. mandat.; Cicero-ne, pro Rosc. Am. cap. 38.* Vedete il §. 785.

(b) Qui evvi di particolare, che sebbene in questa specie di

§. 961. Il mandato finisce non solamente 1° col mutuo dissenso (1) (a), ma altresì 2° colla revoca del mandante, purchè faccia le cose intiere (2) (*); 3° colla rinuncia del mandatario, purchè fatta a tempo (3) (**); 3° colla morte de' contraenti (4) (***).

§. 962. E siccome in questo contratto sinallagma-contratti sia l'azion diretta quella che faccia notar d'infamia coloro la cui frode è condannata (§. 785, 2°), pure in questo contratto il mandante astretto in virtù dell' azione contraria e condannato, diviene infame se taluno dietro il suo mandato siasi reso mallevadore, e il mandante abbia ricusato con frode di prestare l' indennità. *Leg. 6, §. 5, ff. de his qui not inf.*

(1) §. ult. *Inst. quib. mod. toll. obl.*

(a) Perchè non vi ha cosa più naturale quando il disciogliere un negozio cogli stessi mezzi co' quali fu formato *L. 35, ff. de regulis iuris (Recitaz.)*. (2) §. 9, *Inst. h. t.*

(*) Onde il giureconsulto PAOLO dice: *si mandassem tibi ut fundum emeris, ut, antequam scias me vetuisse, emissem mandati tibi obligatus ero: ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum*; e sebbene sia contrario alle regole del dritto il rinunciare contro voglia dell' avversario all' obbligazione già contratta, *Leg. 5, Cod. de O. et A.*, pure la natura di questo contratto richiede altrimenti; poichè derivando dall'amicizia, ed essendo un beneficio che il mandante riceve dal mandatario, può a quello rinunciare.

(3) §. 11 *Inst. eod. Leg. 22, §. ult. ff. h. t.*

(**) Poichè quando siasi già messo mano al negozio, e disimpegnandosi da altri non riuscisse egualmente bene, la rinuncia non ha luogo, §. 11. *Inst. h. t.*, purchè però qualche giusta causa altrimenti non portasse: come per esempio se il mandatario si ammalasse, o fra il mandante e il mandatario fossero insorte inimicizie capitali, *Leg. 23, et 24 ff. h. t.*

(4) *Leg. 26, pr. Leg. 27, §. 3, ff. h. t.*

(***) Purchè non avvenga *adhuc integro mandato*, §. 10, *Inst. h. t.*, il che non s' intende come se accadendo la morte, *negotio non integro*, il mandato non si estingue colla morte ma che l' obbligazione del mandato, o l' azione che cominciò a competere prima della morte, perseveri dietro un tale avvenimento, *Leg. 26, Leg. 27, ff. mandat.* e il giureconsulto PAOLO chiaramente scrisse: *mandatum morte mandatarii, non etiam actio, solvitur, Leg. 58, pr. ff. eod.* Vedete Vinnio nel citato §. 10. In oltre non considerandosi in questo contratto se non la persona, il mandato non passa agli eredi. — « E siccome il mandato (così EMMERICO nelle *Recitazioni h. t.*) suol darsi ordinariamente all' amico, non è così facile che i contraenti sieno stretti in amicizia cogli eredi in quell' istesso modo che lo erano tra loro. Sicchè in questo contratto la morte risolve tutto ».

tico il mandatario è obbligato dal principio e il mandante dopo il fatto (cioè dietro la gestione), ne nascono due azioni del mandato, diretta l'una e l'altra contraria (1).

§. 963. Il mandante istituisce l'azione diretta contra il mandatario e di costui eredi, ad oggetto di far mandare a termine l'affare, o per farsi pagare i danni-interessi (2), purchè la cosa acquistata per effetto del mandato sia consegnata coi frutti (3); e finalmente per farsi indennizzare del danno cagionatogli da dolo, o da colpa anche lievissima (4).

§. 964. L'azione contraria compete al mandatario e di costui eredi per essere indennizzato (5).

N. B. Questo titolo del Mandato nelle nostre LL. Civ. è il XIV° del libro III°, art. 1856 a 1882.

TITOLO XXVIII.

Delle obbligazioni nascenti da' quasi-contratti.

SOMMARIO.

§. 965 Concatenazione delle materie -- 966 Definizione de' quasi-contratti -- 967 Regole onde conoscere quando le leggi possono fingere o presumere che siasi prestato consenso -- 968 Il numero delle specie de' quasi-contratti è illimitato: Sei specie principali -- 969 Prima specie, *gestione de' negozi* -- 970 Obbligazioni scambievoli nascenti dalla gestione de' negozii -- 971 Continuazione di queste obbligazioni -- 972 Azioni che dalla gestione risultano -- 973 Azione diretta -- 974 Azione contraria -- 975 Seconda specie *la tutela* -- 976 Azione risultante da questa seconda specie di quasi-contratto -- 977 Azione diretta -- 978 Azione contraria -- 979 A chi queste azioni competono -- 980 Terza specie, *la comunione di eredità*: quarta specie *la comunione delle cose* -- 981 Azioni nascenti dalla terza e quarta specie di quasi-contratto -- 982 Azione *familiae eriscundae* -- 983 Azione *communis dividundo* -- 984 Guarentia delle colpe -- 985 Quinta specie, *adizione dell'eredità* -- 986 Azione nascente da questo quasi-contratto -- 987 Sesta specie, *pugamento della cosa non dovuta* -- 988 a 990 Azioni attinenti a questa settima specie di quasi-contratto -- 991 Azione che ne emerge -- 992 In che questa azione differisce dalle altre.

§. 965. Finora abbiain trattato dei contratti veri, ai quali seguono le obbligazioni nascenti dai *quasi-contratti* di cui abbiain già indicato il fondamento (6).

(1) Leg. 3, §. 1, ff. h. t. Vedete il §. 782 di questi Elementi.

(2) Leg. 5, §. 1, ff. h. t. (3) Leg. 8, §. ult. ff. eod.

(4) V. il n° 6° del §. 959. (5) Rivedete il citato §. 782.

(6) Vedete il §. 778 di questi Elementi.

§. 966. *I quasi-contratti sono obbligazioni nascenti da fatti onesti, in virtù di consenso presunto anche da parte di coloro che le ignorano: e ciò per causa dell'equità o della utilità (a).*

§. 967. I principali fondamenti del consenso sono: 1° che ciascuno si presuma consentire in ciò che gli arreca dell'utile; 2° che niuno si presuma volersi arricchire a spese altrui (1); 3° che colui il quale vuole gli antecedenti, si presuma volere i conseguenti.

§. 968. I quasi-contratti sono 1° la gestione degli affari; 2° la tutela; 3° l'amministrazione di una eredità, o 4° di una cosa comune; 5° l'adizione dell'eredità; 6° il pagamento della cosa non dovuta. Altri pur ce ne sono di cui se ne tratta nelle Pandette.

§. 969. *La gestione degli affari è un quasi-contratto con cui taluno spontaneamente assume l'incarico di amministrare gratuitamente, stragiudizialmente e utilmente gli affari di un terzo che nulla ne sappia (2) (*).* Sicchè il gestore de' negozii facilmente si distingue dal mandatario o procuratore, e dal difen-

(a) *Quasi contractus sunt facta onesta, quibus et ignorantes obligantur, ex consensu ob aequitatem, vel utilitatem praesumpto.* Diciamo *facta onesta*, perchè le cose illecite non possono formare oggetto di obbligazione, come altrove abbiamo veduto (§ 953). — Soggiungiamo nella definizione *ex consensu praesumpto*, imperocchè siccome i contratti nascono da un consenso espresso, così i quasi-contratti derivano da quasi-consenso, cioè da un consenso finito o presunto, *Leg. 13, §. ult. ff. commod.; Leg. 3, ff. quib. ex caus. in posses.* Se non si richiedesse nè il consenso vero, nè il finto, non ci sarebbe ragione di noverarli fra i contratti, *Leg. 25, ff. de reg. jur.; Leg. 49, ff. de obl. et act.* Siccome poi la legge non può adoperare alcuna finzione senza fondamento (che cosa direbbesi mai di un legislatore il quale fingesse che i sudditi suoi avessero commesso un furto, mentre in realtà non lo abbiano commesso?), si vuol sapere quali sieno questi fondamenti. Essi sono l'equità e l'utilità (Inst. e Rec.).

(1) *Leg. 14, ff. de condict. indebit.*

(2) *Negotiorum gestio est quasi contractus, quo quis negotia alterius ignorantis extra iudicium utiliter gerenda, sponte et gratis suscipit, §. 1, Inst. h. t.*

(*) L'origine di questo quasi-contratto dee riportarsi alla rele-

sore. Il primo, cioè il mandatario, si costituisce con il mandato; il secondo, cioè il difensore, non riceve procura, ma assume l'incarico di affari giudiziarii e non viene ammesso a pagare il giudicato senza prestar cauzione (1). Il gestore de' negozii però non amministra in virtù di procura: non difende alcuno in giudizio; e non è tenuto a prestar cauzione: dal che risulta poter anche la donna esser gestore di negozii (2).

§. 970. Siccome dunque in questo quasi-contratto si finge che la persona di cui si amministrano gli affari, quantunque nulla ne sappia, abbia non pertanto consentito, in considerazione del vantaggio; e siccome d'altronde non è conforme alla giustizia arricchirsi a spese altrui (3), risulta: 1° che il gestore de' negozii debba utilmente amministrare; 2° che sia tenuto alla colpa lieve, e qualora siasi incaricato in preferenza di un altro (4), sia responsabile della colpa anche lievissima; che se siasi incaricato in una circostanza urgente, sia soltanto tenuto al dolo e alla colpa lata (5); e che se contra l'uso dell' assente, di cui intraprende l'affare, corra dei rischi, è altresì tenuto allo stesso caso fortuito (6); 3° che sia obbligato a render conto al proprietario, non che alla restituzione del reliquato cogli interessi (7).

§. 971. Dal che risulta: 4° che il gestore de' negozii tenga obbligato anche l'ignorante di cui amministrò gli affari; 5° come pure il furioso; 6° non che quegli nella cui persona avesse errato (8); 7° che l'ob-

gazione, la quale sovente solleva decretare così all'improvviso, che dovean i poveri padri di famiglia repentinamente partire, lasciando in abbandono la propria robba, nella cui amministrazione s'ingegnavano gli amici, assumendo la cura delle faccende de' loro amici assenti per non rimanerle derelitte. (1) L. 46, §. 2, ff. de, proc.

(2) Leg. 3, §. 1, ff. de neg. gest.

(3) Vedete in questo Titolo il n° 2° del §. 967.

(4) Vedete il n° 3° del §. 788 di questi Elementi.

(5) Leg. 3, §. 9, ff. eod. Vedete il n° 4° del citato §. 788.

(6) Leg. 11, ff. Leg. 20, Cod. de neg. gest. §. 1, Inst. h. t.

(7) Leg. 2, Leg. 23, Leg. 30, ff. h. t.

(8) Leg. 3, §. 5, Leg. 5, §. 1, ff. de negot. gest.

bligazione dell'assente non cessi se cominciata utilmente la gestione, un avvenimento abbia in seguito fatto cessare questa utilità (1); 8° che lo stesso sia tenuto all'indennità verso il gestore de' negozii (2).

§. 972. Per la natura del contratto il gestore de' negozii è fin dal principio obbligato a ciò che abbiain detto nel §. 970; ma l'assente non è obbligato verso il gestori de' negozii se non *ex post facto*, come rilevasi dal §. antecedente. Dal che risulta nascere da questo quasi-contratto l'azione *negoziorum gestorum si directa che contraria* (3).

§. 973. La *directa* compete al padrone contra il gestore e di costui eredi per lo rendimento de' conti (4), per la restituzione del reliquato, o per guarentire la colpa a tenore della natura della gestione (5).

§. 974. La *contraria* compete al gestore de' negozii contra il padrone e di costui eredi per l'indennità (6): sì fatta azione però cessa di aver luogo, qualora l'amministrazione non sia stata portata innanzi utilmente (7); se abbia il gestore de' negozii amministrato per qualche persona che non aveva questa intenzione, o che l'avesse proibito (8); se l'amministrazione avesse avuto luogo o per oggetto di pietà, o con animo di donare (9).

§. 975. 2° La tutela è una carica pubblica (10); ma l'obbligazione tra il tutore e il pupillo nasce dal quasi-contratto (11): sicchè sotto questo aspetto la tutela è un quasi-contratto col quale il tutore assumendo la cura del pupillo e de' di costui affari, è rispetto

(1) Leg. 10, §. 1, Leg. 12, §. 2, ff. cod.

(2) Leg. 2, Leg. 27, Leg. 31, Leg. 45, ff. cod.

(3) §. 1, Instit. h. tit.

(4) Vedete in questo Titolo il n° 3° del §. 970.

(5) Vedete il n° 2° del citato §. 970.

(6) §. 1, Instit. h. t. Vedete il n° 8° del §. 971 in questo Titolo.

(7) Leg. 10, §. 1, Leg. 15, Leg. 27, ff. de negot. gest.

(8) Leg. 8, §. ult. ff. Leg. ult. Cod. cod.

(9) Leg. 27, §. 1, Leg. 34 et 44, ff. Leg. 11, Leg. 13, Leg. 15, Col. cod.

(10) Vedete il §. 204.

(11) §. 2, Instit. h. tit.

a quest' ultimo obbligato a render conto , e ad una esatta diligenza ; mentre il pupillo è dal canto suo tenuto all' indennità in favore del tutore (a).

§. 976. Dunque da questo quasi-contratto nasce l' azione della tutela sì diretta che contraria (1).

§. 977. L' azione diretta compete al pupillo finita la tutela (2) contra il suo tutore e di costui eredi, acciò gli si renda conto e sia indennizzato della colpa lieve se l' azione è rivolta direttamente contra il tutore , e della colpa lata , se contra gli eredi (3).

§. 978. La contraria compete al tutore contra il pupillo per essere rimborsato delle spese e della sua indennità , qualora abbia funzionato da diligente padre famiglia (4).

§. 979. Sì l' una che l' altra azione compete per le medesime ragioni a' minori e a' curatori rispettivamente (5).

§. 980. 3° La comunione dell' eredità , e 4° quella della cosa comune non sono quasi-contratti , ma diritti reali e nella eredità e nella cosa comune. Quegli però che amministra l' eredità o la cosa comune sembra aver quasi-contratto , ed essersi obbligato a dividere la cosa comune , a render conto ; e reciprocamente aver reso obbligato il suo coerede o il suo consocio a delle prestazioni personali (6).

§. 981. Dall' uno e dall' altro quasi-contratto nascono due azioni (7). Dal primo l' azione della divisione dell' eredità (*actio familiae erciscundae*) , dal

(a) Sicchè il tutore è responsabile della colpa lieve , *Leg. 23 , ff. de reg. jur.* e qualora siasi offerto spontaneamente è tenuto alla colpa lievissima , §. 1 , *Inst. de satisd. tut.* (§. 788 , 3°) ; gli eredi però del tutore sono soltanto obbligati alla colpa lata e al dolo , *Leg. 1 , Cod. de her. tut.* (1) Vedete il §. 782.

(2) Vedete il §. 263 e seguenti , *ivi*.

(3) *Leg. 1 , pr. ff. de tut. et rat. distr.* Vedete la nota del §. 975.

(4) *Leg. pr. ff. de contr. tut. et util. act.*

(5) *Dict. Leg. 1 , §. 2 , ff. de contr. tut. et util. act.*

(6) *Leg. 3 , ff. §. 4 , Inst. h. t.*

(7) *Leg. 2 , §. 3 , Leg. 44 , §. 4 , ff. fam. ercisc. Leg. 2 , §. 1 , ff. com. div.*

secondo, l'azione della divisione delle cose comuni (*communi dividundo*).

§. 982. L'azione *familiae erciscundae* compete al coerede contra il coerede, e non contra il detentore a titolo singolare delle cose ereditarie (1), per dividere l'eredità comune (ad eccezione dei biglietti i quali sono di pieno dritto divisi tra gli eredi (2), e delle cose il cui uso è proibito) (3), come altresì per dividere i titoli comuni, e le prestazioni per le spese o perdite comuni (4).

§. 983. L'azione *communi dividendo* compete a un socio contro dell'altro per dividere la cosa comune (5), e ottenere le prestazioni personali (6).

§. 984. Il coerede dee guarentire al coerede la colpa lieve (7), e il socio dee lo stesso al socio (8). Di ciò ne abbiamo assegnata la ragione nella nota del §. 947.

§. 985. L'adizione dell'eredità è un quasi contratto col quale colui che accetta l'eredità, si presume aver contratto co' legatarii e coi fedecommissarii (a), come pure di essersi obbligato a pagare i legati e i fedecommissi (9) (b).

(1) Leg. 2, pr. Leg. 25, §. 7, ff. *fam. erciscund.*

(2) Leg. 2, §. ult. Leg. 4, pr. ff. Leg. 6, Cod. *fam. ercisc.*

(3) Leg. 4, §. 1, 2, ff. *cod.*

(4) Leg. 16, §. 4, seq. Leg. 17, Leg. 25, §. 16, Leg. 29, Leg. 44, §. 3, et ult. ff. *cod.* (5) Leg. 1, ff. *com. divid.*

(6) L. 3, pr. ff. *cod.* (7) Leg. 25, §. 16, ff. *fam. ercisc.*

(8) Arg. dict. Leg. 25, ff. *cod.*

(a) E non già co' creditori, imperocchè questi agiscono contra l'erede non in virtù del quasi-contratto dell'adizione, ma direttamente per lo fatto del defunto (Leg. 49, ff. *de oblig. et action. Nov. 48. per def. v. cum utique*) le cui obbligazioni, adita appena l'eredità, si trasfondono nella persona dell'erede, Leg. 2, §. 2, ff. *de verb. oblig. Leg. ff. de reg. jur.*

(9) §. 5, Inst. h. t; Leg. 5, seq. ff. *quib. ex caus. in poss. eatur*; Leg. 1, Cod. *comm. de leg.*

(b) Abbiain detto che colui il quale adisce si obbliga a' legatarii e fedecommissarii. Si obbliga egli pure a' creditori? Nò, poichè a questi l'erede è obbligato in virtù del contratto fatto col defunto. Sicchè, se il defunto era debitore di 100 in virtù di mutuo, si agisce contra l'erede coll'azione personale nascente dal mutuo; se in virtù di stipulazione si agisce coll'azione personale

§. 986. Da questo quasi-contratto nasce l'azione personale in virtù del testamento, colla quale coloro cui è dovuta qualche cosa in forza di testamento (a), agiscono contra l'erede che ha accettato (b), ad oggetto di farsi pagare i legati, i fedecommissi, con gli accessori e gl'interessi dal giorno della mora (1); come pure di farsi guarentire i danni cagionati per colpa lievissima (2) (c).

§. 987. Finalmente: 6° *il pagamento della cosa non dovuta è un quasi-contratto col quale colui che per errore di fatto ha pagato ciò che non era naturalmente dovuto, presumesi aver diritto a obbligare alla restituzione colui che senza saperlo riceve il pagamento* (d).

nascente dalla stipulazione; non già dal quasi-contratto, perchè l'erede succede a tutti i diritti del defunto. *L. 2, ff. de verb. sign. Leg. 59, ff. de regulis juris.* (Recitaz.).

(a) Come sono i legatarii, i fedecommissarii, etc. (Recitaz.).

(b) Poichè prima dell' adizione l'erede non è che un estraneo, ma soltanto suo e necessario (Recitaz.).

(1) V. il §. 639 di questi Elementi.

(2) *Leg. 47, §. pen. ff. de leg. 1.; Leg. 33, pr. ff. de leg. 2.; Leg. 17, ff. de duob. reis.; §. 5, Inst. h. t.*

(c) Convien notar di passaggio, che sebbene l' adizione e la gestione a titolo di erede differiscano tra loro (§. 592), qui però non ci è differenza in quanto all' azione, sia che la persona abbia adito l'eredità, sia che abbia amministrato a titolo di erede (Recit.).

(d) Con questa definizione diciamo che il pagamento dell' indebito sia un *quasi-contratto*; poichè, come elegantemente osserva Giustiniano §. 6, *Inst. h. t.*, colui che per errore paga una cosa non dovuta, non fa questo per combinar l'affare, ma per isciarlo. E siccome è cosa ingiusta che alcuno voglia arricchirsi col danno altrui (§. 967, 2°), così colui che riceve l' indebito è tenuto alla restituzione, appunto come se avesse ricevuto danaro in prestanza, §. 1, *Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Le altre cose contenute nella definizione indicano quando vi sia luogo alla ripetizione dell' indebito; il che più chiaramente dimostreremo ne' §§. seguenti — Intanto, per esserci luogo al pagamento dell' indebito si richiede: 1° l' ignoranza in colui che paga; 2° che la cosa non sia dovuta; 3° l' ignoranza in colui che riceve: delle quali tre cose parlerassi ne' due §§. seguenti. Ora, per maggiore intelligenza de' citati due seguenti paragrafi, bisogna premettere, che l' ignoranza è di due specie, di *diritto* e di *fatto*. Chi paga per

§. 988. Siccome dunque il fondamento di questo quasi-contratto è un pagamento *per errore di fatto* (1), risulta 1° che chi sapendo abbia pagato una cosa non dovuta, sembra averlo fatto colla intenzione di donarla (2); 2° che chi pagò per errore di dritto non possa ripetere ciò che pagò indebitamente (3), tranne se il pagamento fosse stato in tal modo fatto da un minore, da una donna, *etc.* alle quali persone è permesso ignorare il dritto; 3° che se siasi errato nella persona, la cosa possa sempre ripetersi (4).

§. 989. E poichè ciò che si è pagato non era neppure naturalmente dovuto (5), risulta 4° non potersi ripetere ciò che era dovuto naturalmente, quantunque non civilmente (6), purchè l'obbligazione naturale non sia espressamente rigettata dal diritto civile; il che accade nell'obbligazione dei pupilli, dei prodighi, delle donne che prestano cauzione (7): 5° non potersi neppure ripetere ciò che non è dovuto nè per

ignoranza di diritto, nulla ha diritto di ripetere, purchè non sia minore, donna, soldato, alle quali persone è permesso ignorare il diritto. *L. 8, L. 9. pr. ff. de juris et fact ignorantia.* Chi paga poi per ignoranza di fatto, ha diritto alla ripetizione, perchè il fatto può ingannare anche i più prudenti. Per esempio, l'erede ignorando la legge Falcidia, paga tutti i legati senza la detrazione della quarta: può ripetere ciò che ha pagato più del giusto? no, perchè ha errato in diritto e avrebbe dovuto consultare i più prudenti. Al contrario, velli io pagare a Tizio: e siccome nella città ci erano due persone di questo nome, pagai a quella cui nulla dovevo. Posso ripeterlo? sì, e giustamente; giacchè errai nel fatto, non nel diritto (§. 989, 3°) (*Recitaz.*).

(1) Giusta il contenuto nel §. antecedente.

(2) *Leg. 53, ff. de reg. jur.; Leg. 1, §. 1, ff. de condict. indebit.*

(3) *Leg. 10, Cod. Leg. 9, pr. ff. de jur. et fact. ign.; Leg. 6, 7, Cod. de cond. indebit. Leg. 9, Cod. ad Leg. Falc.*

(4) *Leg. 65, §. ult. Leg. 19, §. 1, ff. Leg. 5, Cod. de condit. indebit.*

(5) Giusta il contenuto del §. 987, in questo Titolo.

(6) *Leg. 13, Leg. 19. Leg. 38, ff. de cond. indebit. Vedete il §. 769 di questi Elementi.*

(7) *Leg. 127, Leg. 6, ff. de verb. obl.; Leg. 41, ff. de condict. indebit.; Leg. 16, §. 1, ff. ad SC. Vellejan.*

diritto naturale, nè per diritto civile, o pure ciò che è dovuto per solo diritto civile (1) (*).

§. 990. E siccome nella persona di chi riceve si richiede ignoranza (2), risulta 6° che qualora siasi da taluno fraudolentemente ricevuto la cosa non dovuta, ci è luogo all'azione *indebiti*, e alla condizione del furto, o all'azione *condizionale furtiva*, che vale lo stesso, cioè che la cosa si possa ripetere non solo in virtù del quasi-contratto, ma altresì in virtù del delitto (3) (a).

§. 991. Del rimanente, da questo quasi-contratto nasce l'azione della cosa non dovuta (*condictio indebiti*) la quale è un'azione *stricti juris* (4): essa compete a colui che per errore di fatto pagò la cosa naturalmente non dovuta, contra colui che la ricevè, o contra i di costui eredi, ad oggetto di farsi restituire la cosa indebitamente pagata, una co' frutti e

(1) *Leg. 29, Leg. 22, Leg. 26, §. 3, 7, Leg. 40, Leg. 54, Leg. 56, ff. de condict. indebit.*

(*) Maggiore chiarezza ritrovo nelle Recitazioni circa l'indebito. « In tre modi, dice l'Autore, possiam sostenere che una cosa non sia dovuta. O perchè si deve naturalmente, ma non per diritto civile: per esempio, se ho pagato ciò che aveva promesso con patto nudo, questo era dovuto naturalmente, ma non civilmente. O perchè questo era dovuto civilmente: per esempio, ho pagato ciò che avevo promesso per timore, questo è dovuto civilmente, ma non per equità naturale: O perchè non esiste obbligazione nè naturale, nè civile: per esempio, se pago per errore di titolo un mutuo a colui cui niente debbo. Nel primo caso non posso ripetere ciò che ho pagato: ne' due ultimi ho diritto alla restituzione. Per esempio, un figlio di famiglia restituisce un prestito, mentre avrebbe potuto opporre la eccezione del Senatoconsulto Macedoniano: ha egli diritto alla restituzione? no; perchè deve naturalmente. Al contrario, una persona paga un debito del padre perchè crede non essere stato soddisfatto: trovando in seguito la quietanza, ha egli diritto a ripetizione? sì, perchè non doveva nè naturalmente, nè civilmente ».

(2) Giusta il contenuto nel §. 987, in questo Titolo.

(3) *Leg. 18, ff. de cond. furt.*

(a) Però non si ha subito l'azione del furto nel doppio o nel quadruplo, perchè questa azione è infamante, e non cdesi con tanta facilità compromettere l'onore degli uomini (*Recitaz.*).

(4) Vedete la nota del §. 781 di questi Elementi.

accessorii (1), ma non già gl' interessi (2) (a).

§. 992. Si fatta condizione distinguesi facilmente dalle altre; imperocchè chi pagò non per errore, bensì per una causa futura e onesta, ma non seguita, ha, per ripetere ciò che diede, la condizione per causa non seguita (*condictio causa data, causa non sequuta*) (3): chi pagò per una causa futura, vergognosa soltanto a colui che ricevè il pagamento, ha la condizione per causa vergognosa (*condictio ob turpem causam*) (4): finalmente a colui che diede assolutamente senza causa, e che non può adoperare alcun' altra condizione, gli compete la condizione senza causa per farsi restituire (5) (b).

N. B. per lo *Diritto Patrio* corrispondente al titolo XXVIII vedete il titolo IV° del libro III delle nostre LL. civili, e i luoghi corrispondenti.

TITOLO XXIX.

Mercè quali persone ci si acquista l'obbligazione.

SOMMARIO.

§. Inutilità di questo Titolo per essersene trattato altrove: solo principio a soggiungersi -- 993 Corollarii che dall' assioma risultano.

§. 993. Le persone mercè le quali acquistiamo le altre cose, possono benanche acquistarci le obbligazioni. E siccome di quelle si è diffusamente trattato (6), è inutile dirne di vantaggio: convien soltanto soggiungere che nelle obbligazioni provenienti dai contratti si ha riguardo al principio della cosa (7) (c); e per-

(1) *Leg. 15, pr. Leg. 65, §. 5, ff. de condict. indebit.*

(2) *Leg. 1, Cod. h. t.* Vedete la nota del citato §. 781.

(a) Perchè ne' contratti di stretto diritto gl' interessi non sono dovuti, se non sieno stati espressamente promessi (*Recitaz.*).

(3) *Leg. 1, seq. ff. de cond. caus. dat.*

(4) *Lib. 1, pr. §. 1, 2, ff. de cond. ob. turp. caus.*

(5) *Leg. 1, seq. ff. de condict. sine caus.*

(b) Di queste azioni si tratta diffusamente ne' libri XII e XIII delle Pandette (*Recitaz.*). (6) Nel Libro II, tit. IX.

(7) *Leg. 78, pr, fin. ff. de verb. obl.*

(c) Tutt' altro è ne' legati i quali acquistano vigore dal giorno in cui la cosa è dovuta, *Leg. 18, ff. de regulis juris; Leg. 1, §. 2, ff. quando dies leg. ced.* (§. 632, n° 7°).

ciò verificandosi la condizione, questa risale al primo istante del contratto (1).

§. 994. Da questo assioma risulta: 1° che il figlio di famiglia acquisti per suo padre e il servo pel suo patrono, quando anche stipulassero in loro vantaggio personale; come pel caso in cui divenissero indipendenti dall'altrui potestà (2) (a); 2° che l'obbligazione si acquisti al padre o al patrono, quando anche la condizione si avveri dopochè il figlio è emancipato (3) (b).

(1) *Leg. 11, §. 1, ff. qui pot. in pign.* Vedete il n° 7 del §. 832 di quest'Opera.

(2) *Leg. ult. ff. de stipul. serv.*

(a) L'estraneo poi non può acquistarci veruna obbligazione, §. 4, *Instit. de inutil. stipulat.* Laonde se un mio fratello dica, darai 100 a mio fratello? e un terzo il promette, nulladimeno niente mi acquista (*Recit.*).

(3) *Leg. 78, pr. ff. de verb. oblig.*

(b) Per esempio, un figlio dice, mi darai 100 se giungerò a esser dottore? Poco tempo dopo viene emancipato dal padre, e a capo di due anni diviene in realtà dottore. Si domanda: per chi sono acquistati i 100, pel figlio o pel padre? Non v'ha dubbio che sieno acquistati pel padre dappoichè la condizione retroagisce all'origine del contratto, *dict. L. 78, ff. de verb. obligat.* Tutt'altro è ne legati, come si è osservato nello scolio del §. 632 (*Recitaz.*).

TITOLO XXX.

In quali modi si estingue l' obbligazione.

SOMMARIO.

§. 995 L' obbligazione si estingue o *ipso jure* o mediante eccezione -- 996 I modi co' quali si estingue o sono comuni a tutti i contratti o alla maggior parte: sei *modi comuni*: due *modi particolari* -- 997 Fondamento della estinzione delle obbligazioni per mutuo dissenso -- 998 Primo modo comune, il *pagamento* -- 999 Requisiti necessari per poter validamente pagare -- 1000 Persone che non possono validamente pagare nè ricevere -- 1001 Materia, quantità e luogo del pagamento -- 1002 Effetti del pagamento -- 1003 Secondo modo comune, la *compensazione* -- 1004 Requisiti necessari per potersi validamente compensare -- 1005 Effetti della compensazione -- 1006 Terzo modo comune, la *confusione*: quando ha luogo -- 1007 Quarto modo comune, l' *oblazione e consignazione*, val dire l' *offerta reale* seguita dalla *consignazione* -- 1008 Suoi effetti -- 1009 Quinto modo comune, la *distruzione della cosa*: a chi è relativo -- 1010 Persone che non rimangono esonerate dall' obbligazione per effetto della distruzione della cosa -- 1011 Sesto modo comune, la *novazione* -- 1012 Cose che possono novarsi -- 1013 Due specie di novazione, *volontaria e necessaria* -- 1014 Quando la novazione ha luogo senza delegazione -- 1015 Quando è che la delegazione ha luogo -- 1016 Effetti della novazione con delegazione -- 1017 La *espromissione* distinguesi dalla *fidejussione* o *adpromissione*, dal costituito e dalla *cessione* -- 1018 Effetto della novazione *volontaria* -- 1019 E della *necessaria* -- 1020 Modi proprii a certi contratti -- 1021 L' obbligazione contratta coll' *accettilazione* veniva distrutta dall' *accettilazione* -- 1022 Definizione dell' *accettilazione* -- 1023 a 1025 Corollarii che dalla definizione dell' *accettilazione* risultano -- 1026 *Stipulazione Aquiliana* -- 1027 In che consiste -- 1028 Oggidì tra il patto *de non petendo* e l' *accettilazione* non esiste differenza -- 1029 Altro modo particolare: il *mutuo dissenso* -- 1030 Sua definizione -- 1031 Corollarii che da questa definizione risultano.

§. 995. L' obbligazione una volta stabilita si estingue, o colla eccezione o *ipso jure*. Fra questi due modi di estinguere le obbligazioni ci sono parecchie differenze: 1° nel primo caso l' obbligazione non si estingue senza opporre l' eccezione in giudizio (1): nel secondo l' azione si estingue in virtù della legge, senza esserci bisogno di opporre eccezione: 2° quindi nel caso in cui l' obbligazione è estinta, non ci è azione: nell' altro caso l' azione nasce, ma si elide colla eccezione.

§. 996. I modi co' quali l' obbligazione si estingue

(1) Leg. 27, §. 2, ff. de pact.

ipso jure, o sono comuni a tutti i contratti o alla maggior parte: tali sono il pagamento, la compensazione, la confusione, l'obblazione e la consegna, la distruzione della cosa e la novazione; o sono proprii a taluni contratti in particolare, come l'accettilazione e il mutuo dissenso.

§. 997. Il fondamento di quest' ultimo modo rinviasi nella seguente regola del diritto: *non ci è cosa tanto naturale quanto il risolvere una obbligazione in quella istessa maniera colla quale fu contratta* (1).

§. 998. Fra i modi comuni a tutti i contratti, il primo è il pagamento, *ch'è la vera prestazione di quel tanto al quale siam tenuti* (2). Imperocchè la voce pagamento qui non contiene ogni liberazione, ma è una liberazione per la prestazione della cosa promessa (3).

§. 999. Siccome dunque nel pagamento bisogna dar qualche cosa (4), risulta poter validamente pagare e validamente ricevere soltanto coloro che hanno la libera amministrazione dei loro beni (5). È indifferente che taluno paghi per sè o per altri che avesse incaricato, o che lo ignora, o che non vi consente (6), sebbene colui che pagò malgrado il debitore non ha regresso contra costui, se non quando il creditore gli abbia ceduto i suoi dritti (7).

§. 1000. Dal che risulta: 1° non esser valido il pagamento fatto dal furioso, dal pupillo, dal minore senza l'autorizzazione del tutore, o il consenso del curatore (8); 2° che d'altronde il pagamento ai medesimi fatto non sia valido senza l'autorizzazione de'

(1) *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvi, quò colligatum est. Leg. 35, et Leg. 100, ff. de R. J.*

(2) Vedete il §. 996, in questo Titolo.

(3) *Leg. 176, ff. de verb. sign.*

(4) *49, ff. de solut.; pr. Inst. h. tit.*

(5) Vedete il §. antecedente.

(6) *§. ult. Instit. quib. alien. licet vel non.*

(7) *Leg. 23, Leg. 40, Leg. 53, ff. de solut.*

(8) *§. ult. Inst. quib. alien. lic.; Leg. 9, §. 2, ff. de auct. tut. Leg. 3, Cod. de in int. rest. min.* Vedete il §. 466.

tutori, o il consenso dei curatori, ed una sentenza che li autorizzi (1).

§. 1001. E siccome il pagamento è la vera prestazione di ciò che è dovuto (2), risulta: 1° non potersi pagare una cosa per un' altra contro voglia del creditore (3); 2° nè pagarsi in parte contro voglia dello stesso (4), amenochè il debito non sia in parte illiquido (5); 3° nè fatto in tempo o in luogo diverso da quello convenuto (6).

§. 1002. Finalmente, siccome eseguendosi perfettamente il tenore della obbligazione; questa si estingue (7), se ne deduce: 1° che col pagamento l' obbligazione resti *ipso jure* estinta; 2° che col medesimo il debitore, i mallevadori, i pegni, le ipoteche restino svincolate (8), purchè non ci sieno rispetto alle ipoteche altri debiti, mentre per questi ultimi può il debitore esercitare il dritto di ritenzione (9).

§. 2003. Il secondo modo comune è la *compensazione* (10), cioè la *mutua prestazione del debito e del credito* (11).

§. 1004. Siccome dunque la compensazione ha luogo se il debito e il credito sia reciproco (12), risulta: 1° voler frustaneamente compensare coloro il cui debito è ingiusto (13), o puramente naturale, senza niuno effetto (14), o illiquido (15), o sotto condizione, o a

(1) §. 2, *Inst. quib. alien. lic.*; *Leg. 15, Leg. 96, ff. de solut.* Rivedete il citato §. 446.

(2) Vedete il §. 998 di questi Elementi.

(3) *pr. Inst. h. t.*; *Leg. 2, §. 1, ff. de reb. credit.*

(4) *Leg. 9, Cod. de solut.*; *Leg. 41, §. 1, ff. de usur.*

(5) *Leg. 21, ff. de reb. credit.* (6) *Leg. 39, ff. de solut.*

(7) Vedete il §. 996 in questo Titolo.

(8) *Pr. Inst. h. t. Leg. 43, ff. de solut.*

(9) *Tit. Cod. etiam ob chirogr. pecun. pign. ten.* Vedete in questi Elementi la nota del §. 825.

(10) Come si è veduto nel citato §. 996.

(11) *Leg. 1, ff. de com.*

(12) Vedete il §. antecedente.

(13) *Leg. 14, ff. Leg. 2, Cod. de compens.*

(14) *Leg. 30, Leg. 41, ff. de cond. indebit.*

(15) *Leg. ult. §. 1, Cod. de comp.*

cominciare da un tempo non ancora giunto (*ex die*) (1); risulta 2° esser necessario che i due crediti abbiano una valutazione determinata (2), e non potersi compensare la specie col genere, nè il genere col genere diverso (3), nè il delitto col delitto (4): risulta inoltre 3° non esserci luogo a compensazione qualora non siano le medesime persone vicendevolmente debtrici e creditrici (5).

§. 1005. E siccome il credito e il debito suppongonsi estinti dall'una e dall'altra parte (6), risulta 4° aver la compensazione lo stesso effetto del pagamento (7); 5° che dal momento in cui dall'una e dall'altra parte ci è debito, questo rimane reciprocamente estinto, ovvero il debito maggiore resta diminuito di quanto importa l'ammontare del minore (8)(a).

§. 1006. Il terzo modo comune è la *confusione* (9), la quale ha luogo allorquando la obbligazione del debitore e il diritto del creditore si cumulano nella medesima persona (10). Imperocchè, siccome il contratto

(1) *Leg. 7, Leg. 16, §. 1, Leg. 22, ff. cod.*

(2) *Leg. 4, Leg. 8, Leg. 12, Cod. cod.*

(3) *Leg. 18, pr. ff. de pign. act. Leg. 2, §. 1, ff. de reb. credit. Leg. 16, Cod. de solut.*

(4) *L. 2, §. 4, L. 13, §. 5, ff. ad L. Jul. de adulter.*

(5) *L. 16, pr. L. 18, §. 1, ff. L. 9, Cod. de camp.*

(6) Vedete il §. 1003, in questo Titolo.

(7) *Leg. 4, Leg. 12, Cod. de compens.* Vedete in questo Titolo il §. 1002.

(8) §. 30, *Inst. de act. Leg. ult. Cod. de compens.*

(a) Tal'è il nuovo diritto. Imperocchè giusta il diritto antico molta differenza ci era tra i contratti di *buona fede* e quelli di *diritto stretto*. Nei primi il debito restava *ipso jure* diminuito: ne' secondi faceva mestieri opporre la eccezione del dolo, §. 30, *Inst. h. t.* (§. 781, nota) — Il fondamento della compensazione è la regola filosofica: *non doversi fare con molto quelle cose che si possono fare con poco*. Se si dovesse procedere senza questa regola, prima io dovrei pagare al creditore i 100 che debbo e poi esiger quello che mi deve. Or, quale bisogno ci è di tanti circuiti? di azioni, potendo noi terminar la cosa col ritenere i miei denari ed esso i suoi? Ciò fatto, scambievolmente si dice essersi il debito scambievolmente compensato; cioè contribuito (*Recitaz.*).

(9) Vedete il §. 996, in questo Titolo.

(10) *Leg. 75, Leg. pen. ff. de solut.*

obbliga una persona verso di un'altra, e niuno può andare a sè medesimo debitore, risulta che colla confusione l'obbligazione non più sussiste.

§. 1007. Il quarto modo è l'oblazione e consegna (l'offerta reale seguita dalla consegna) (1): con essa l'obbligazione si estingue se il debitore offra l'intera somma nel tempo conveniente, e che il creditore rifiutando di riceverla, vien citato in giudizio onde col permesso del giudice il debitore sia autorizzato a deporre e consegnare ciò che deve (2).

§. 1008. Quando ciò si faccia legalmente; risulta: 1° che il debitore resti esonerato dall'obbligazione della sorte principale, e dagli interessi, il corso de' quali s'interrompe (3); 2° che resti altresì al coperto di qualunque pericolo in cui la cosa potesse incorrere, la quale perisce non pel debitore, ma pel creditore (4).

§. 1009. Il quinto modo comune è la distruzione della cosa (5). E siccome si deve o una specie o un genere o una quantità, risulta 1° che si fatto modo comune sia relativo alla sola specie (6), perchè il genere e la quantità si presumono non suscettivi di perimento (7).

§. 1010. E poichè un tal diritto ha per fondamento l'essere il caso fortuito a carico del padrone (8), risulta 2° che la distruzione della specie non liberi il debitore in mora (9), tranne se la cosa sia egualmente perita presso il creditore (10); 3° nè colui per colpa del quale perì la cosa (11); 4° che coloro i quali pos-

(1) Rivedete il poc'anzi citato §. 996.

(2) *Leg. 19, Cod. de usur.; Leg. 9, Cod. de solut.*

(3) *L. 19, C. de usur.* (4) *Leg. 9, Cod. de solut.*

(5) Vedete il §. 996 in questo Titolo.

(6) *Leg. 23, Leg. 49, pr. ff. de verb. obl.*

(7) Vedete il §. 623, di questi Elementi.

(8) Vedete il n° 3 del §. 785, *ivi*.

(9) *Dict. Leg. 23, et Leg. 49, pr. ff. de verb. obl.*

(10) *Leg. 14, §. 1, ff. depos.; Leg. 15, §. ult. ff. de rei vind.*

(11) *Leg. 23, in fin. ff. de reg. jur.; Leg. 23, Leg. 49, pr. ff. de verb. obl.*

seggono o per furto o per violenza, non sieno in verun modo liberati per la distruzione delle cose (1).

§. 1011. Il sesto modo comune è la *novazione* (2), cioè *la stipulata trasfusione e trasferimento della prima obbligazione in un'altra, sia civile, sia naturale* (3).

§. 1012. Essendo la novazione un modo comune a tutti i contratti, possono perciò novarsi tutte le obbligazioni civili, pretorie, naturali, contratte o colle parole o col consenso o in altra qualsiasi maniera; possono cangiarsi in qualunque altra obbligazione, anche puramente naturale: per esempio, se colla espromissione il pupillo non autorizzato dal tutore assumesse la obbligazione di un altro (4).

§. 1013. La novazione si divide in *volontaria*, la quale ha luogo ove intervenga stipulazione e consenso delle parti (5) (a); e in *necessaria*, che ha luogo colla contestazione in lite, allorchè si è sottoposto a un giudizio (6). La prima si fa colla delegazione o senza.

§. 1014. La novazione ha luogo *senza delegazione*, quando tra lo stesso debitore e lo stesso creditore 1° la specie dell' obbligazione si cambia: per esempio, se chi è debitore per una vendita, si costituisce esserlo per quasi-stipulazione (7); 2° allorchè si aggiunge o si toglie qualche cosa alla prima obbligazione: per esempio, se si prometta puramente e sem-

(1) *Leg. ult. ff. de cond. furt.*; *Leg. 1, §. 34, Leg. pen. ff. de vi et vi arm.* (2) Vedete il più volte citato §. 996.

(3) *Leg. 1, pr. ff. de novat. Leg. 27, §. 2, ff. de pact.*

(4) *Leg. 1, §. 1, L. 2, L. 5, Leg. 14, ff. cod.* Vedete la nota del §. 769 di questi Elementi. (5) *Leg. 2, ff. cod.*

(a) E siccome si dice poter anche gli assenti essere liberati colla novazione, *Leg. 13, §. 10, ff. de acceptilat.*; e che la delegazione si faccia col consenso, con segni, o per via di lettere, *Leg. 17, ff. de novat.*; ciò debbesi intendere del mandato col quale il delegante costituisce un altro in sua vece: imperocchè la stessa novazione, cioè la nuova obbligazione del delegato, stabilivasi con parole solenni, o mediante stipulazione, sia tra presenti, sia mercè mandatario, *Leg. 26, ff. cod.*; *Paolo, Sent. rec. lib. 5, tit. 8.*

(6) *Leg. 29, ff. cod.*

(7) §. 5, *Instit. h. tit.*

plicemente ciò che va dovuto sotto condizione (1); 3° o nulla cangiando sulla prima obbligazione, si dichiara però farsi una novazione (2): imperocchè ove ciò non si esprima, sussisterà e la prima e la seconda obbligazione (3).

§. 1015. La *delegazione* al contrario *accade allorchè vien sostituito un nuovo debitore in luogo del primo* (4). Questo nuovo debitore chiamasi *espromissore* (5), o che deleghi se stesso (6), come fece Paolo nell'intervenire per Onesimo (7), o che venga delegato dal primo debitore mercè procura (8).

§. 1016. Dal che risulta: 1° che il primo debitore resti liberato colla delegazione, quando anche il delegato fosse insolubile (9); 2° che la delegazione debba farsi col consenso del creditore e del delegato (10); 3° che tra il delegante e il delegato sovente interceda il mandato, e tra il creditore e il debitore la stipulazione (11).

§. 1017. Quindi: 1° la *espromissione* facilmente distinguesi dalla *fidejussione* o *adpromissione* e dal *costituto*, de' quali nè l'una nè l'altro estingue la prima obbligazione (12); 2° distinguesi pure dalla *cessione*, colla quale la persona del creditore si cambia anche *invito debitore* (13): ecco perchè la cessione non è novazione (14).

§. 1018. Colla novazione volontaria ottiensi lo stesso effetto che si consegue col pagamento (15).

(1) §. 3, *Inst. eod.* (2) *Leg. 2, ff. eod.; Leg. ult. C. eod.*

(3) *dict. Leg. ult. Cod. eod.* (4) *Leg. 1, pr. ff. eod.*

(5) *Leg. 8, §. 5, ff. de nov.*

(6) *Leg. 4, §. 1, ff. de manumiss.*

(7) *Epist. Philem. v. 18, 19, Vedete Zach. Hubeb. Dissert. Philol. jurid. lib. 1, Diss. 3, cap. 2.*

(8) *Leg. 17, ff. de novat.*

(9) *Leg. 26, §. 2, ff. mandat.; Leg. 3, Cod. de novat.*

(10) *Leg. 1, Leg. 6, Cod. eod.*

(11) *Leg. 1, §. 1, Leg. 17, ff. novat.*

(12) Vedete il §. 873 di questi Elementi.

(13) *Leg. 1, Cod. eod.* (14) *Leg. 3, Cod. de. novat.*

(15) §. 3, *Instit. h. tit.* Vedete in questo titolo il §. 1002.

§. 1019. L'effetto della novazione necessaria o della lite è soltanto che, accettato il giudizio, l'azione temporaria si fa perpetua, e l'azione penale segue la cosa (1); e perciò questa si dà benanche contra l'erede (2).

§. 1020. Tali sono i modi comuni: i proprii a certi contratti sono l'*accettilazione* e il *mutuo dissenso* (3).

§. 1021. Giusta i principii del diritto Romano, niuna cosa essendo sì naturale quanto il disciogliere una obbligazione con gli stessi modi co'quali fu contratta (4), risultava che l'obbligazione contratta colle parole, scioglievasi colle parole (5). Dunque la nuda remissione e il patto di non chiedere, non estingueva *ipso jure* l'obbligazione, ma produceva soltanto una eccezione in virtù del patto (6). Però l'obbligazione contratta colla stipulazione veniva *ipso jure* distrutta dall'*accettilazione* (7).

§. 1022. Sicchè l'*accettilazione* è un atto legittimo (8), in virtù del quale facendo il debitore una conveniente risposta alla dimanda del suo creditore, l'obbligazione contratta mediante stipulazione rimane disciolta (9): ecco il formulario: avete per ricevuto ciò che vi promisi? l'ho per ricevuto (10).

§. 1023. Essendo dunque l'*accettilazione* un atto legittimo (11), risulta: 1° che nè il tutore, nè il curatore, nè il procuratore possano legittimamente fare un tale atto (12); 2° che esso non ammetta nè condizione, nè giorno (13), benchè sia certo poter coll'*accettilazione* essere rimesso puramente ciò che è dovuto sotto condizione o fino a un dato giorno (14).

(1) Leg. 6, §. ult. ff. de re judic.; Leg. 26, ff. eod.; Leg. 26, ff. de oblig. et act. (2) §. 1, Inst. de perp. et temp. act. Leg. 1, Cod. ex delict. def. in quant. hered. conv.

(3) Rivedete il più volte citato §. 669.

(4) Vedete in quest'opera il §. 667. (5) Leg. 53, ff. de reg. jur. (6) §. 3, Inst. de except.; Leg. §. 4, Leg. 27, §. 2, ff. de pact. (7) Leg. 1, ff. de accept.

(8) Leg. 17, Leg. 123, ff. de reg. jur. Vedete il §. 70.

(9) Leg. 1, ff. de accept. (10) §. 1, Instit. h. t.

(11) Vedete il §. il 1022.

(12) Leg. 3, Leg. 13, §. 10, ff. de acceptilat.

(13) Leg. 4, Leg. 5, ff. eod. (14) Leg. 12, ff. eod.

§. 1024. Finalmente, poichè l'obbligazione si scioglie colla stipulazione, e siffatta obbligazione soffre una specie di alienazione, risulta 3° poter il pupillo far passare a suo profitto un' accettillazione, anche senza autorizzazione del suo tutore (1), ma non possa ciò fare a profitto di un altro (2); 4° che in tal modo possa il debito estinguersi non solo per intero, ma anche in parte, purchè la cosa sia di sua natura divisibile (3).

§. 1025. Finalmente dalla definizione dell' accettillazione e dall' assioma che la precede deducesi 5° essere questo atto applicabile nelle sole obbligazioni verbali (4); in guisachè se le obbligazioni o reali o letterali o consensuali sien distrutte coll' accettillazione, questa non le distrugge *ipso jure*, ma produce soltanto l'eccezione *pacti conventi*, come sarebbe il patto *de non petendo* (5).

§. 1026. Pertanto Cajo Aquilio Gallo, quel valentissimo e giustissimo inventore di cautele (6), immaginò un modo di estinguere coll' accettillazione qualunque specie di obbligazioni, oltre le verbali. Quest' accettillazione fu perciò denominata *stipulazione Aquiliana* (7).

§. 1027. Si fatta stipulazione Aquiliana consiste nel convertire l' obbligazione che si vuol estinguere, da obbligazione mediante stipulazione qual' era, in obbligazione verbale: per esempio, Tizio interroga Sempronio: *tutto ciò che mi devi in forza di mutuo* (di vendita, di chirografo, etc.), *prometti darmelo in contante?* Sempronio risponde: *te 'l prometto*. Successivamente questa nuova obbligazione verbale si estin-

(1) *Dict. Leg. 2, ff. eod.*

(2) *Leg. 1, Cod. eod.* Vedete il §. 251 e seguenti.

(3) §. 1, *Inst. h. t.*; *L. 9, L. 10, 13, §. 1, ff. de accept.*

(4) §. 1, *Instit. h. t.*; *Leg. 8, §. 3, ff. de acceptilat.*

(5) *Leg. 8, pr. Leg. 19, pr. ff. de acceptilat.* Vedete in questo Titolo il §. 1021.

(6) *Cicer. de Nat. Deor. lib. 3, cap. 30; de Offic. lib. 3, cap. 14; pro Caec. cap. 27.* (7) §. 2, *Instit. h. t.*

gue con nuova stipulazione, allorchè Sempronio interroga: *ciò che promisti darti, lo hai per ricevuto da me?* Tizio risponde: *l'ho da te per ricevuto*. Ciò fatto trovasi estinta l'obbligazione verbale, o consensuale che coll'accettillazione non potevasi estinguere (1).

§. 1028. I nostri antenati non ammisero già mai tanti circuiti, e siccome presso di noi il semplice patto ha sempre prodotto obbligazione perfetta (2), si vede al presente non esserci differenza tra il patto *de non petendo*, e la *solenne accettillazione*.

§. 1029. L'altro modo particolare è il *mutuo dissenso* (3), il quale appartiene a' contratti personali effettuati col solo consenso. Siccome non ci è cosa tanto naturale quanto l'estinguere una obbligazione con quegli stessi modi coi quali fu contratta (4), così non ci è cosa tanto conforme alla ragione quanto *che l'obbligazione contratta col solo consenso sia disciolta col mutuo dissenso, ossia col consenso in contrario* (5).

§. 1030. *Il mutuo dissenso è una convenzione contraria alla prima obbligazione non per anco adempiuta*, per esempio: *, eminus, non emimus* (6).

§. 1031. Dal che risulta: 1° poter il contratto consensuale risolversi col mutuo dissenso, ma soltanto allorchè le cose sieno intiere (*tantum adhuc re integra*), cioè soltanto allorchè non ancora siasi data esecuzione al primo contratto (7); in guisachè, 2° se consegnata la cosa e pagato il prezzo, volessero i contraenti resilire dalla convenzione, ciò non sarebbe distruggere l'obbligazione primitiva, ma fare un nuovo contratto (8).

(1) *dict. §. 1, Instit. h. t.*

(2) Vedete la nota del §. 777 di questi Elementi.

(3) Vedete il §. 1020, *ivi*.

(4) Vedete il §. 667, *ivi*.

(5) *Leg. 35, ff. de reg. jur.*

(6) §. ult. *Instit. h. tit.*

(7) *dict. §. ult. Instit. h. tit.*

(8) *dict. §. ult. Inst. h. tit.*

LIBRO QUARTO

DELLE OBBLIGAZIONI CHE NASCONO DA DELITTO, DELLE AZIONI E DELLE ECCEZIONI.

TITOLO I.

Delle obbligazioni nascenti da delitto ()*

SOMMARIO.

§. 1032 Sorgente delle obbligazioni: fatto *lecito*: fatto *illecito* -- 1033 Definizione del *delitto*: analisi della definizione della nota -- 1034 Sue specie -- 1035 Distinzione del delitto vero *in pubblico e privato* -- 1036 Il delitto pubblico è *ordinario o straordinario* -- 1037 Effetti del delitto -- 1038 Azioni che dal delitto risultano -- 1039 In questo titolo si tratta del solo furto -- 1040 Definizione del *furto* -- 1041 Natura di questo delitto -- 1042 Chi non può di un tal delitto essere incolpato -- 1043 Quando è che l'appropriarsi di una cosa non si chiama furto -- 1044 Quando è che vi è luogo alle sole azioni delle cose amesse -- 1045 Il figlio di famiglia che si appropria qualche cosa appartenente al padre non commette furto -- 1046 Due altri casi ne' quali l'appropriarsi di una cosa non si considera come furto -- 1047 Specie di furto -- 1048 furto della *cosa* -- 1049 Furto di *uso* -- 1050 Furto di *possesso* -- 1051 a 1170 Varie specie di furto conosciute da' Romani: azioni che ne derivano: pratica odierna.

§. 1032. Dicemmo che ogni obbligazione derivi o immediatamente dall'equità o dalla legge, o mediatamente e per effetto del *fatto* nostro (1). Questo fatto, come avvertimento, o è *lecito* o è *illecito*. Il primo dicesi *convenzione* e di questo abbiain trattato finora: il secondo chiamasi *delitto* (2), di cui andiamo a occuparci (a).

§. 1033 Il *delitto* è un *fatto illecito e volontaria-*

(*) Questa voce *delitto* qui si prende per termine generico e equivale a *reato*. Contravvenzione, delitto è misfatto sono specie di reato. Vedete l'art. 2 delle nostre LL. penali.

(1) Vedete il §. 771 (2) Vedete il §. 772.

(a) Ma sebbene l'epigrafe di questo titolo nelle Istituzioni prometta un trattato *de obligatione ex delicto*, pure in tutta la estensione del medesimo non si tratta che di una sola specie di delitto, cioè del furto. Noi però suppliremo a tale mancanza: e prima di procedere alla teoria del furto, suppliremo in brevi detti, 1° che cosa s'intenda per delitto; 2° di quante specie sia; e 3° quali le azioni che i delitti producono (*Recitaz.*).

mente commesso, pel quale taluno è obbligato alla restituzione, se sia possibile, e a soggiacere alla pena. Poichè in ogni delitto ci concorre il reato ovvero la viziosità dell'atto, e l'effetto ovvero il danno cagionato ad altri; al primo corrisponde la pena; al secondo il risarcimento del danno, come saggiamente fu da Grozio osservato (1). Rispetto alla pena, poichè il delitto obbliga gli autori di esso, (2), risulta essere alla medesima tenuti i soli delinquenti (3); ma il risarcimento debbesi su i beni ripetere. Ciò emerge chiaro dalla cosa istessa (*).

§. 1034. Il delitto o è vero, o è quasi-delitto. Il primo si commette col dolo, il secondo per colpa, ma senza dolo (a).

(1) Grozio, *de jure belli et pacis*, lib. 2, cap. 17, §. 22.

(2) Leg. 32, *Cod. de poen.* (3) Leg. 26, *ff. eod.*

(*) Spiegarsi meglio la definizione del delitto. « In essa (dice l'autore nelle Recitazioni) si osserva la massima esattezza e nulla vi ha di frustraneo: eccone l'analisi — *Fatto*, perchè la legge non punisce il pensiero del delitto, *cogitationis poenam nemo patitur* — *Illecito*, perchè ove pel fatto non ci sia alcuna legge proibitiva naturale o civile, non si delingue P. e. ove la caccia non sia proibita, niun delitto commette colui che uccide una fiera: se all'opposto il legislatore abbia ciò vietato, certo è che chi abbia cacciato in contravvenzione di questa legge commette un delitto. — *Volontariamente commesso*, imperocchè le operazioni coatte e contro la nostra volontà non possono a delitto esserci imputate: così colui che viene da altri precipitato giù da un'altura non commette delitto ove per effetto della caduta ferisca uno che si ritrovi passando. — Finalmente è *obbligato alla restituzione*, etc. Il fondamento di questa obbligazione viene egreggiamente spiegato da Grozio, *de Jure belli et pacis*, lib. 2, cap. 17, §. 22. Chiunque si fa delinquente apporta danno ad altri e viola le leggi. Per lo danno che arreca è tenuto alla restituzione: per l'infrazione della legge incorre nella pena. Dunque in ogni delitto può domandarsi e il rifacimento del danno e la punizione. — Il *se sia possibile* non senza accorgimento si è messo nella definizione; imperocchè talvolta il fatto può essere inesequibile, e invalutabile il danno cagionato da un delitto. P. e. Un uomo ucciso non può farsi ritornare in vita, nè questa può valutarsi: perciò in tal caso non ci è luogo alla restituzione, e la sola pena è sufficiente ».

(a) Imperocchè, sebbene il danno ingiustamente cagionato derivi e dalla colpa e dal dolo, §. 5, *Inst. de Leg. Aquil*, pure

§. 1035. Il delitto vero o è *pubblico* o è *privato*. Il primo vien punito con giudizio pubblico e con pubblico gastigo: il secondo, tendente direttamente a ledere i particolari, produce soltanto azione privata. Tali sono il *furto*, la *rapina* (a), il *danno ingiustamente cagionato* e l'*ingiuria*, (1).

§. 1036. Il delitto pubblico vien dichiarato tale o da una legge particolare su i giudizi pubblici (2), o straordinariamente, anche senza alcuna legge speciale. Il primo chiamasi delitto *ordinario*, il secondo *straordinario* (b).

§. 1037. Perchè dunque ne' delitti concorre la viziosità dell'atto e l'effetto (3), risulta potersi istituire l'azione e per la pena e per lo ristoro del danno.

i giureconsulti preferirono di trar la sua denominazione dalla sua causa più rimarchevole, e lo chiamarono *delitto* e non *quasi-delitto*. Questa osservazione è di Tommasino, in *Schol. et Nov. addit. ad B. Huberi praelect. Inst. L. 4, tit. 3, §. 3*.

(a) Ma le nazioni di origine germanica reputarono sempre delitti pubblici i due primi, perchè la pubblica sicurezza non è compromessa dagli omicidii più che dai furti e dalle rapine. Al presente noi osserviamo questi principii.

(1) *pr. Inst. h. tit.*

(2) *Leg. 1, ff. de publ. jud.*

(b) Perciò in questo senso i delitti straordinarii non sono *privati*, ma *pubblici*: imperocchè si commettono in detrimento della repubblica, come i *monopolii per incarire i viveri*, la *devastazione degli argini del fiume Nilo*, i *collegi e corporazioni illecite*, per cui sono perseguitati co' giudizi pubblici: ecco perchè ha luogo l'accusa e la sottoscrizione nel delitto, *Leg. ult. ff. de priv. del.*; la pena capitale, per esempio, per aver devastati gli argini del Nilo, per avere spogliati i cadaveri, per aver dato asilo a gente armata. Si fatti delitti si chiamano *delitti privati* *Leg. 1, §. ult. ff. de poen.*, e non sempre si perseguivano con giudizi pubblici il reato di concussione, *Leg. 2, ff. de concuss.*; e quello di prevaricazione, *Leg. 3, pr. ff. de stellion.* Ma ciò si fa perchè il dritto di accusare non compete a tutti, ma soltanto agli offesi. Perciò PAPIANO dice che l'azione dello stellionato non sia nè nel numero de' giudizi pubblici, nè nel numero de' giudizi privati. *Leg. 1, ff. de stellion.*: non si annovera tra i giudizi pubblici perchè non tutti han dritto di accusare; non si annovera tra i giudizi privati, perchè la persecuzione è pubblica. *Leg. 3, §. 2, ff. eod.*

(3) Vedete in questo Titolo il §. 1033.

Quindi talune azioni risultanti dal delitto tendono a ripetere soltanto la cosa (*rei persecutoriae*), come l'azione del furto; altre finalmente han per iscopo e la cosa e la pena (*rei et poenae persecutoriae*), come l'azione de' beni rapiti a forza, l'azione della legge Aquilia, specialmente contra coloro che negano (1).

§. 1038. Istituyendo siffatte azioni a diversi oggetti, risulta: 1° che non si distruggano vicendevolmente (2); 2° che le azioni dirette alla cosa competano agli eredi e contra gli eredi (3); 3° che quelle riguardanti la pena competano agli eredi, ma non contra gli eredi purchè la lite non sia cotestata col defunto (4); 4° che quelle le quali sono tendenti alla sola vendetta, non competano nè agli eredi, nè contra gli eredi (5); purchè la lite non sia già contestata col defunto (6); che rispetto al delitto più rei sono solidalmente obbligati, in guisa però che se si agisca per la cosa, basta che uno paghi perchè gli altri rimangano liberati (7).

§. 1039. Si passi ora a trattare de' delitti (8), e in questo titolo con ispecialità del furto.

§. 1040. Il Furto è un attentato fraudolento commesso a motivo di guadagno, o sulla cosa, o pel suo uso, o pel suo possesso che la legge naturale proibisce (9) (*).

(1) §. 16. *Inst. de act.* (2) *Leg. 34, §. 2, ff. de obl. et act.* Vedete in questo titolo il §. 1033.

(3) *Leg. 7, §. 2, Leg. 9, ff. de cond. fur.*; *Leg. 9, §. 4, ff. de rer. amol.* Rivedete il citato §. 1033.

(4) *Leg. un. Cod. ex del. def. in quant. her. Conven.* Vedete il §. 1819 di questi Elementi.

(5) §. 1, *Instit. de perp. et temp. act.* (6) *Leg. un. Cod. ex del. def.*

(7) *Leg. 1, Cod. de condict. furt.*

(8) Vedete in questo Titolo il §. 1035.

(9) *FURTUM est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel usus ejus, possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admitttere*, *Leg. 1, §. 3, Inst. h. tit.*

(*) Dell'etimologia della voce *furtum* diverse furono le opinioni. LABRONE presso PAOLO nella *Leg. 1, ff. de furt*; VARRONE in *fragm. rer. div. IV.*; SERVIO, ad *Virgil. Encid. II e IX*;

§. 1041. Siccome dunque il furto è un attentato, cioè la rimozione di una cosa (1), risulta: 1° che chi entrando in un luogo coll'intenzione di rubare e non abbia nulla rubato, non possa al certo chiamarsi ladro, ma sia soggetto all'azione delle ingiurie o della violenza (2), e debb'esser punito con pena straordinaria come quelli che chiamansi *directarii* (3); 2° che la sola intenzione di rubare non costituisce furto (4), tranne se sia dato consiglio, o prestato i mezzi per effettuarlo (5); 3° che l'azione di furto abbia luogo nel solo caso in cui siasi commesse attentato (6).

§. 1042. Essendo il furto un attentato fraudolento (7), risulta: 4° non poter essere incolpati di questo reato i furiosi, i dementi, gl'infanti, e coloro che son prossimi all'infanzia (8); 5° che al contrario possa essere accusato di furto il prossimo alla pubertà, dovendosi però punirlo con minor rigore (9); 6° che la necessità estrema scusi dal furto (10).

§. 1043. E perchè il ladro attenta alla cosa altrui, risulta, 7° che niuno sia ladro della sua cosa (11), tranne se questa cosa sia giustamente posseduta da un altro, nel qual caso evvi furto del possesso (12); 8°

e NONIO. I., 250 furon di parere *furtum* derivare da *furvo*, cioè *nigro*; poichè i furti ordinariamente si commettono all'oscuro e di notte. SABINO, presso PAOLO nella citata Legge 12, deduce tal voce a *frondo*, *vel a ferendo et auferendo*, *vel a greco sermone* qui *appellant fures: immo et Greci*. I sensi anticamente furon detti *fures* come nota Nonio IV. 204.

Quid domini facient, audent cum talia fures? disse VIRGILIO, Ecl. V, 16, *Furati* era proprio de' servi, come *Servio* nota al citato verso di *Virgilio*, mentre *Tacito*, Hist. I. 48, chiama il furio *servile probum*, e *Salviano*, de *gubern. Dei*, IV, *servile vitium*.

(1) Vedete il §. ardente (2) Leg. 21, §. 7, ff. de furt.

(3) Leg. 7, ff. de extr. crim. Leg. 1, §. 2, ff. de effrat.

(4) Leg. 1, §. 1, ff. de furt. (5) §. 11, Inst. h. t.

(6) Leg. 21, pr. ff. eod. (7) V. in questo Titolo il §. 1040.

(8) §. 18, Inst. h. tit. (9) Leg. 23, ff. de furt.

(10) Grozio, de jure belli et pacis, lib. 2, cap. 2, §. 6.; Cap. 9, X de furt. (11) Leg. 43, §. 1, ff. eod.

(12) Vedete in appresso il §. 1050.

che non sia furto l'impadronirsi della cosa non appartenente ad alcuno: ciò è tanto vero, che se qualcuno rubbi qualche cosa dall'eredità giacente non si reputa ladro (1), sebbene ci sia luogo all'accusa straordinaria di espilata eredità (2), perchè l'eredità giacente si presume rappresentare la persona del defunto (3).

§. 1044. Dallo stesso principio risulta: 9° che siccome il marito e la moglie, almeno rispetto all'uso de' loro beni, sono durante il matrimonio in una specie di comunione (4), così se prima del divorzio (a) il marito alla moglie, o questa al marito, abbia sottratto qualche cosa, non ci sia luogo all'azione di furto, ma bensì *all'azione delle cose ammosse* per la restituzione delle cose ammosse per causa del divorzio, con ogni causa (5).

§. 1045. 10°. Il figlio di famiglia, che vivente il padre viene in certo modo riguardato qual proprietario dei di costui beni (6), qualora abbia al padre rubato qualche cosa, molto meno è colpevole di furto (7). Si assegna un'altra ragione, ed è, che siccome il padre e il figlio sono considerati come una sola e medesima persona, così non può tra essi esercitarsi azione alcuna (8). Si fatta ragione è altresì applicabile ai servi (9).

§. 1046. Perchè il furto si commette per fare un guadagno (10), risulta 11° non essere colpevole di questo reato colui che non per fine di guadagno, ma per soddisfar la libidine abbia tolto la serva a un al-

(1) *Leg. 68, ff. eod.* (2) *Leg. 4, ff. de expil. hered.*

(3) Vedete il §. 319 di questi Elementi.

(4) Vedete la nota del §. 136 di quest'Opera.

(a) Quindi se la concubina abbia involato qualche cosa, *Leg. 17, pr. ff. de act. rer. amot.* o la moglie abbia, dopo il divorzio, ammosso qualche oggetto appartenente al marito, *Leg. 3, ff. eod.* si commette furto.

(5) *ad tit. ff. de act. rer. amot.*

(6) Vedete il §. 588 di questi Elementi.

(7) §. 12, *Inst. h. tit.*

(8) *L. 16, ff. de furt. V. il n° 1, del §. 139.*

(9) *dict. §. 12, Instit. Leg. 17, pr. ff. de furt.*

(10) Vedete in questo Titolo la definizione del furto nel §. 1040.

tro (1); 12° che qualora siasi attentato in forza della legge Aquilia (2); e se siasi fatto per arrecar delle ingiurie, possa esser convenuto coll'azione di questo nome (3).

§. 1047. E siccome si può attentare alla cosa, o appropriandosela o usandone o per lo possesso (4), così il furto o è della *cosa* o dell'*uso* o del *possesso* (5).

§. 1048. Si commette furto della *cosa*: 1° sulle cose mobili, animate o inanimate, grandi o piccole (6); quindi, 2° e anche de' figli di famiglia (7), e molto più de' servi sì maschi che donne (8), purchè il furto abbia per oggetto il guadagno e non la deboscia (9): non chiamasi però furto l'impadronirsi degli uomini liberi, i quali non dipendono da alcuno, o de' servi fuggiaschi, o di coloro rispetto ai quali si commette il reato di *plagio* (10).

§. 1049. Il furto di *uso* si commette da chi si serve di una cosa e al quale è vietato l'usarne (11), o che se ne serve in un modo diverso da quello per cui gli fu dal padrone concesso (12). Un elegante esempio della severa disciplina de' romani trovasi presso Valerio Massimo e presso Aulo Gellio (a).

(1) *Leg. 39, pr. ff. de furt.*

(2) *Leg. 5, §. ult. Leg. 41, ff. ad leg. Aquil.*

(3) *Leg. 53, pr. ff. de furt.*

(4) Rivedete il citato §. 1040. (5) §. 6, *Inst. h. tit.*

(6) §. 1, *Inst. de vi bon. rapt.*

(7) §. 9, *Inst. h. tit. L. 14, §. 13, L. 38, §. 1, ff. de furt.*

(8) Vedete il §. 77, di quest'opera

(9) Vedete il n° 11, del §. 1046, in questo Titolo.

(10) *Leg. 1, Leg. 2, Leg. 6, §. 2, ff. ad Leg. Fab. de plag.*

(11) V. il n° 4, del §. 810, e il n° 6, del §. 822.

(12) *Leg. 40, Leg. 54, pr. Leg. 76, pr. Leg. 76 ff. de furt. §. 6, Inst. h. t.*

(a) Valerio Massimo *Lib. 8, cap. 2*, e Aulo Gellio, *Lib. 7, cap. 15*, riferiscono che la severità de' costumi era tale, che avendo un Romano prestato il suo cavallo a un suo amico per andare sino a Riccia, città situata al di là del monte Albano sulla via Appia, distante venti miglia da Roma, quest'ultimo fu condannato come ladro per essere andato fuori della città suddetta presso la vicina montagna (*Recitaz.*).

§. 1050. Il furto di *posseſſo* (a) ſi commette dallo ſteſſo padrone debitore , col rubare al ſuo creditore il pegno datogli (1).

§. 1051. I Romani dividevano il furto in *manifeſto*, *non maniſeſto*, *concelto*, *oblato* (*), *proibito*, *non eſi- bito* (2).

§. 1052. Il *maniſeſto* è quando il ladro nell'istante del furto , prima di giungere ove aveva deſtinato di portar la coſa rubata , venga inſeguito dalle grida o dalla gente , e venga ſorpreſo ſul fatto (3) (b).

§. 1053. Il *non maniſeſto* è quando il ladro non viene ſorpreſo (4).

§. 1054. Il *concelto* è allorquando la coſa rubata e cercata col ſolenne rito per *lancem*, *et licium*, rin- vienſi preſſo di chi non era il ladro (5), ma che ſa- peva che la coſa era rubata (6).

§. 1055. Il furto *oblato* è quando la coſa rubata ſi dà da qualcuno a un altro che ignori eſſere furti- va (7), coll'intenzione di eſſer ritrovata piuttosto preſſo

(a) Imperciocchè ſebbene il contratto di pegno non trasferiſca il poſſeſſo naturale (§. 820 , 2°), ci ſi trova però trasferito il poſſeſſo naturale preſo più rigorosamente: con ſi fatto natural poſ- ſeſſo il detentore poſſiede la coſa non colla intenzione di eſſere il proprietario : (*non quidem animo domini*), ma in forza di di- ritto reale , *Leg. 37 , ff. de acquir. rer. dom.*

(1) §. 10 , *Inst. h. t. Leg. 12 , §. 2 , Leg. 19 , §. pen. Leg. 79 , ff. de furt.* (*) Val dire *nascosto o occulto.*

(2) §. 4 , *Inst. h. t.*

(3) §. 3 , *Inst. h. t. Leg. 3 , pr. §. 1 , seq. Leg. 4 , Leg. 5 , Leg. 7 , §. 1 , ff. de furt.*

(b) Tal'è il furto deſcritto nel V. 15° dell'Egloga 3^a di Virgilio.

Nonne ego te vidi Damonis , pessime Caprum

Excipere insidiis , multum latrante Lycisca ?

Et eum clamarem : Quo nunc proripit ille ?

Queſto furto , molto più grave , atteso il pericolo imminente del proprietario , era punito al quadruplo. I colpevoli , ſorpreſi ſul fatto , per la diſperazione di non aver ottenuto il loro intento , poſſono mettere in pericolo la vita del proprietario ſerendolo col ferro di cui ſono armati (*Recitaz.*). (4) §. 3 , *Inst. h. t. L. 8 , ff. de furt.*

(5) V. le noſtre *Antiq. Rom. h. t. §. 13 , seq. §. 4 , Inst. h. t.*

(6) *L. 8 , C. ex quib. caus. infam.* (7) *L. 14 , ff. de furt.*

l'ignorante, che presso il ladro (1) (a).

§. 1056. Il furto *proibito* ha luogo quando taluno abbia impedito che un altro fosse andato in traccia del furto in presenza di testimoni (2).

§. 1057. Il furto *non esibito* esiste quando la cosa rubata siasi cercata presso taluno, e ritrovata presso il medesimo, senza che questi si sia curato esibirla (3).

§. 1058. Dal furto manifesto nasceva l'azione per far infliggere la pena del quadruplo (*actio paenae persecutoria in quadruplum*): dal furto non manifesto nasceva la pena in *duplum* (4): dal furto concetto prima nasceva l'azione in *triplum*, e poi quella in *duplum* (5). Rispetto al furto oblato, l'azione era in *triplum* senza comprenderci la valutazione delle cose (6). Finalmente riguardo al furto proibito e al non esibito, l'azione era in *duplum*.

§. 1059. Questa inquisizione privata e solenne delle cose rubate era da molto tempo cessata di essere in uso, in forza della legge Ebuza (7) (b), e le azioni medesime de' furti concetto, oblato, proibito, non esibito erano parimenti rimase abolite; sebbene tutti coloro che scientemente s'incaricavano di nascondere la

(1) §. 4, *Instit. h. tit.*

(a) Gli incaricati dello scoprimento del furto andavano mascherati e nudi, tranne una semplice cintura per rispetto del pudore. Al loro avvicinarsi aprir doveansi le porte e i cancelli della casa, e tutti i luoghi scuoprire ove qualche cosa nasconder si poteva. Se rinvenivasi l'oggetto rubbato di cui andavasi in cerca, l'abitante della casa era reo del furto oblato. Questo modo d'inquisizione al certo niente decoroso, era già caduto in dissuetudine fin da' tempi della repubblica: e al presente ove necessaria si crede una perquisizione in casa sospetta per lo scoprimento di un furto, questa perquisizione non può aver luogo di privata autorità, ma per ordine del magistrato (*Recitaz.*).

(2) §. 4, *Instit. h. tit.*

(3) *Dict. §. 4, Instit. h. tit.* (4) §. 5, *Instit. h. tit.*

(5) *Aulo Gellio, Noct. Att. lib. 11, cap. 18.*

(6) Lo stesso *Gellio, ibi; Paolo, Recept. sent. Leg. 2, tit. 31, §. 45.* (7) Lo stesso *Gellio, ibi, lib. 16, cap. 10.*

(b) Intanto è rimasa in vigore quella inquisizione che in forza di ordinanza giudiziaria si fa nelle cose de' particolari, purchè si

cosa rubata, erano colpevoli del furto non manifesto (1).

§. 1060. Il furto si fa o di notte o di giorno (2). È lecito uccidere un ladro notturno, qualora non si possa altrimenti evitare il pericolo, purchè però l'uccisore ciò testifichi con un grido. Non è poi permesso uccidere il ladro diurno (*), tranne se voglia questi difendersi con un'arma allorchè venga preso sul fatto (3).

§. 1061. L'azione del furto o è civile o criminale. Quando è civile riguarda o la pena o la cosa (4).

§. 1062. Per conseguirla cosa si concede al proprietario (5) (a) o al possessore di buona fede la condizione furtiva; come pure al tutore in nome del pupillo (6), o del di costui erede (7), quale condizione furtiva compete alle mentovate persone contra il ladro, sia che possenga, sia che abbia fraudolentemente cessato di possedere, e compete altresì contra i di costui eredi (8), per la restituzione della cosa rubata con ogni causa, o pure per riscuoterne l'equivalente (9).

§. 1063. L'azione del furto fu stabilita ad oggetto di far infliggere la pena. S'è fatta azione compete non solamente al padrone (quantunque non sempre), ma faccia senza distinzione, o ci sieno indizii; *Leg. 1, Cod. ex quib. caus. infam.*; *Leg. 1, §. 2, et 3, Leg. 3, ff. de fugit.* *Leg. 2, Cod. de serv. fug.* (1) §. 4, *Instit. h. tit.*

(2) *Leg. 54, §. 2, ff. de furt.*

(*) Imperocchè è molto più facile chiamare ajuto in tempo di giorno, essendo la gente già in veglia e addetta a' rispettivi affari.

(3) *Leg. 54, §. 2, ff. eod.*; *Leg. 5, §. 1, ff. ad Leg. Aquil.* *Leg. 9, ff. ad Leg. Cornel. de sicar.* Vedete *Exod. Cap. 22, v. 2 et 3, cap. 3, X de homicid.*

(4) Vedete in questo Titolo il §. 1037.

(5) *Leg. 1, ff. de cond. furt.*

(a) Il che altronde par che si opponga ai principii del diritto. Imperocchè il padrone ridomanda il suo con condizione, o azione personale, ma per revindicarla (§. 1129, 3°) *Leg. ult. ff. usufr. quemadm. caus.*; §. 14, *Instit. de act.* Ciò fu introdotto in odio de' ladri. Può intanto il proprietario lasciar la condizione, e far uso della revindicazione, §. ult. *Instit. h. tit.*

(6) *Leg. 136, ff. de reg. jur.*; *Leg. 56, §. pen. ff. de furt.*

(7) Vedete il n° 2° del §. 1038, in questo Titolo.

(8) Rivedete il detto numero nel citato paragrafo.

(9) Vedete tutto il titolo *ff. de cond. furt.*

altresì a coloro che ci hanno interesse (1), come al creditore per ragione del pegno (2), al possessore di buona fede (3), e a tutti coloro in pericolo de' quali è la cosa, e che sono solvibili (4), contra il ladro, e colui che ricevè la cosa rubata, o la nascose, o fu complice, o prestò consiglio al furto consumato (5), onde farsi pagare il *doppio* se il furto è non manifestato, e il *quadruplo* se è manifesto (6).

§. 1064. E poichè le azioni che riguardano la pena e la cosa non si distruggono fra loro, (7), risulta, che sebbene il ladro abbia pagato il doppio, o il quadruplo, ciò non pertanto evvi luogo o alla condizione furtiva o alla revinzione (8).

§. 1065. Per dritto romano può altresì agirsi *criminalmente* contra il reo di furto per l'ammenda spettante al fisico, o per una pena corporale afflittiva o capitale (9). Giustiniano però proibì di applicare a questo misfatto la pena capitale o la mutilazione delle membra, e volle che i ladri fossero soltanto condannati o all'esilio o all'ammenda (10).

§. 1066. Tal'è il dritto romano. Nelle nostre consuetudini la pena del furto non ha luogo nel furto dell'uso, essendoci soltanto l'azione de'danni-interessi. Inoltre le azioni penali in *duplum* e in *quadruplum* molto meno sono in vigore, perchè il nostro diritto pubblico non permette che la pena pecuniaria si applichi in profitto dell'attore. E siccome i nostri antenati han sempre risguardato il furto come un reato pubblico (11), così la persecuzione di esso è quasi interamente criminale.

§. 1067. Quindi per la *costituzione criminale Carolina*, i ladri maschi vengono afforcati (*gula laqueo*

(1) §. 13, *Instit. h. tit.*

(2) §. 14, *Instit. h. tit.*

(3) §. 15, *Instit. h. tit.*

(4) §. 17, *Instit. h. tit.*

(5) §. 17, *Instit. h. tit.*

(6) §. 5, *Instit. h. tit.*

(7) Vedete il n° 1° del §. 1038, in questo Titolo.

(8) *Leg. 54, §. 3, ff. de furt.*

(9) Vedete il §. 1035 in questo Titolo, e la nota.

(10) *Leg. ult. ff. de furt.; Leg. 6, pr. ff. ad L. Jul. pecul.*

(11) *Nov. 134, cap. ult. Auth. sed. novo. Cod. de serv. fugit.*

frangitur), le donne vengono annegate nelle acque (1), non in forza de' principii del dritto romano, ma conformemente all'antico dritto della Germania, di cui si trovano evidentissime vestigia nelle costituzioni dell'imperador Friderico II (2).

§. 1068. Il furto 1° è *semplice* o *con effrazione*, o con scalazione, o con forza maggiore, o a mano armata, quale furto dagli interpreti dell'ordinanza criminale Carolina vien detto *qualificato*. Ordinariamente la pena per quest'ultimo è la suffocazione (3). 2° Il semplice si divide in *grande* e *piccolo*.

§. 1069. Ma poichè questa pena è soverchiamente atroce, essa non è applicabile 1° ai furti domestici (4); nè 2° a coloro che nascosero le cose ritrovate e da altri perdute; nè 3° a coloro che pescano negli altrui ruscelli; nè 4° ai furti di cui non si possa con facilità determinare il valore (5), nè 5° ai ladri che restituiscano la cosa rubata, e ciò per dell'indulgente parere di certuni (6).

§. 1070. Del resto, nè la pena della suffocazione, nè alcun'altra impediscono d'intentar l'azione per ricuperar la cosa (7).

N. B. Vedete gli articoli 51, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 300, 301, 303, 304, 407, 408, 444, 445, 457, delle nostre LL. penali.

TITOLO II.

Della rapina.

SOMMARIO.

- §. 1071 Definizione della rapina -- 1072 In che la rapina somiglia e in che differisce dal furto -- 1073 Primo principio che emerge dalla definizione -- 1074 Secondo principio -- 1075 Terzo e quarto principio -- 1076 Azione civile di rapina -- 1077 In che questa azione differisce dall'azione di furto -- 1078 Azione criminale di rapina -- 1079 Azione di rapina per dritto Germanico.

§. 1071. Il secondo delitto privato è la *rapina* (8),

(1) *Const. crim. art. 162.* (2) *Feud., 27, §. ult.*

(3) *Const. crim. Carol. art. 159.* (4) *Art. 165, ibi.*

(5) *Art. 165, 168, 169, ibi.* (6) *Carpz. part. 4, cons.*

32, def. 15, sequ. (7) *Übero, praelect. ad ff. de furt. §. 6.*

(8) Vedete nel Titolo antecedente il §. 1035.

la quale si definisce *l'involamento con violenza dell'altrui cosa mobile, fatto dolosamente* (1).

§. 1072. Quindi il furto e la rapina convengono in ciò, che l'uno e l'altra consistono nell'amuovere fraudolentemente l'altrui cosa mobile con disegno di fare un lucro. Differiscono poi in ciò, che col furto la cosa s'involta con *frode*, e nella rapina ci concorre *la violenza* (2).

§. 1073. Dalla definizione (3) risulta: 1° non esserci luogo all'azione di rapina qualora taluno invada un immobile; poichè allora uopo è agire o in forza dell'editto *unde vi*, o in forza della legge Giulia sulla violenza pubblica o privata, (4).

§. 1074. Risulta ancora: 2° che se taluno tolga a viva forza, non la cosa altrui, ma la cosa che credeva sua, o mobile o immobile, non sia colpevole di rapina (5). Sul timore pertanto che sotto questo pretesto i rapaci esercitar potessero impunemente la loro avidità, fu colle costituzioni risoluto, che chi rapisse la cosa credendola sua, ne perderebbe la proprietà: e se si trovasse non appartenergli, sarebbe tenuto alla restituzione, e di più al pagamento del valore di essa (6) non in favore del fisco, ma della parte (7).

§. 1075. Si deve inoltre conchiudere: 3° che qui si abbia considerazione soltanto al dolo, e non al prezzo della cosa rapita (8); 4° che un tal delitto non sia commesso dall'impubere (9), nè da persone incapaci di usar dolo, come i furiosi, i dementi, *etc.*

§. 1076. *L'azione di furto* ha pur luogo contra il rapace per essere un ladro improbo (10). Si dà pertan-

(1) *Rapina est violenta rei alienae mobilis oblatio, lucri faciendi causa, dolo malo facta.*

(2) *L. 2, §. 1, ff. h. t.* (3) Riportata pocanzi nel §. 1071.

(4) *Leg. 2, §. 1, ff. h. tit.* (5) *Leg. 1, §. 18 ff. h. tit.*

(6) *Leg. 13, ff. quod met. caus. Leg. 7, Cod. unde vi. §. 1, Inst. h. t.* (7) *Utero, Praelect. Inst. ff. h. t. §. 11.*

(8) *Pr. Instit. h. tit.; Leg. 2, §. 18, ff. eod.*

(9) *Leg. 2, §. 19, ff. eod.*

(10) *Pr. Instit. Leg. 2, §. 10, ff. h. tit.*

to dal pretore anche l'azione della rapina, la quale è mista, cioè riguarda la cosa e la pena (1). Con sì fatta azione il proprietario o colui che ci ha interesse (2) agisce contra il rapace e non contra il di costui erede (3), cioè nell'anno *in quadruplum*, e scorso l'anno *in simplum* (4), a meno che non sia stato un Cristiano che abbia rapito qualche cosa a un Ebreo, nel qual caso ci è soltanto luogo alla pena *simpli* (5). Se poi si sia fatto rapina ai naviganti, la pena è del quadruplo (6).

§. 1077. Questo quadruplo, siccome abbiain detto, differisce dall'azione di furto in quantochè esso contiene il valore della cosa e la pena (7). Dal che rilevasi: 1° non esserci per questo delitto azione alcuna la quale risguardi soltanto il conseguimento della cosa; 2° che se taluno in caso di rapina intenti l'azione di furto (8), ha altresì l'azione furtiva, per riscuotere la cosa o il suo valore, anche contra gli eredi, o la revindicazione (9).

§. 2078, La legge accorda inoltre l'azion criminale di questo delitto contra i rapaci a mano armata, e contra i ladri che uccidono e spogliano (10).

§. 1079. Ma essendo stata sempre la rapina un delitto pubblico presso i Germani (11), l'azione che quasi da pertutto s'istituisce è la criminale, e non si conosce quella in *quadruplum* (12).

N. B. Vedete gli articoli 408 a 425 delle nostre Leggi penali e conferitele colla dottrina contenuta in questo Titolo II.

(1) Vedete il §. 1037 di questi Elementi.

(2) §. 1, *Instit. Leg. 2*, §. 22, *seq. ff. h. tit.*

(3) Vedete il n° 2° del §. 1038. (4) *Pr. Instit. h. tit.*

(5) *Leg. 6, Cod. de pagan.* (6) *Leg. 3, Cod. de navicul.*

(7) *Pr. Instit. h. tit.* (8) Vedete il §. antecedente

(9) *Leg. 2, §. ult. et pen. ff. h. tit.*

(10) *Leg. 28, §. 10, et 15, ff. de poen.*

(11) Vedete la nota del §. 1035 di questi Elementi.

(12) Vedete il §. 1076, *ivi.*

TITOLO III.

Della legge Aquila.

SOMMARIO.

§. 1080 Definizione del danno ingiustamente cagionato — 1081 a 1084 Natura di questo danno — 1085 Primo capitolo della legge Aquilia — 1086 Danni che si punivano col primo capitolo dell' indicata legge — 1087 Azione che si accordava col mentovato capitolo primo — 1088 Secondo capitolo della legge Aquilia — 1089 Terzo capitolo — Danni che si punivano col terzo capitolo — 1091 Azione che si accordava col capitolo terzo — 1092 Primo attributo di questa azione — 1093 Secondo attributo — 1094 Terzo attributo — 1095 Consuetudine della Germania.

§. 1080. Il terzo delitto è il *danno ingiustamente cagionato* (*damnum injuria datum*) la cui revindicazione ottiensì in forza della legge Aquilia (1). Il *danno ingiustamente cagionato* è qualunque ingiusta diminuzione che un uomo libero fa dell' altrui patrimonio. Imperciocchè se il servo, e anticamente il figlio di famiglia (2), avesse, con un delitto privato qualunque, leso i diritti di un particolare, questo danno dicevasi *noxia* dai giureconsulti: e qualora fosse stato cagionato da un quattrupede, chiamavasi *pauperies*.

§. 1081. Siccome in questo caso uopo è che il danno si cagioni ingiustamente (3), ed *ingiustamente* significa *contra la legge* (4), risulta, 1° che la legge Aquilia punisca colui che cagionò danno con dolo, ed altresì con colpa (5) anche lievissima (6) (a); per esempio, se taluno produsse danno per imperizia dell' arte che professa, o pure, non curando troppo la

(1) Vedete il §. 1035, *ivi*

(2) Vedete il n.º 3.º del §. 138, *ivi*.

(3) Vedete il §. antecedente. (4) §. 2, *Inst. h. t.*

(5) §. 2, 3, e 14, *Instit. h. t.* (6) *Leg. 44, pr. ff. h. t.*

(a) Da ciò certuni ragionevolmente conchiudono che la legge Aquilia non solamente abbia per oggetto i delitti veri, ma anche i danni avvenuti de' quasi-delitti, quantunque poi dall' oggetto predominante si dica che si fatta legge riguardi solo i delitti veri (§. 1034, nota) Ed in vero, se l' azione per le cose versate e gittate appartengono alla legge Aquilia, come sembrò evidente a Corn. Van. Bynkershoek, questa osservazione può molto meno rinvocarsi in dubbio.

sua debolezza, intraprese qualche cosa ad altri nociva (1).

§. 1082. Al contrario: 2° non è tenuto in forza di questa legge colui che facendo uso del suo dritto abbia cagionato danno a un altro: per esempio; colui che *impiegando con moderazione una difesa legittima* (imperocchè tanto prescrive la legge 1, *Cod. unde vi*), abbia ucciso o un aggressore o un ladro (2). Dicesi impiegare moderazione quando agredito con violenza ed essendo in pericolo di vita o la propria persona o le di costui proprietà, si uccide l'aggressore per difendersi (3).

§. 1083. Similmente: 3° colui che ha cagionato danno per caso fortuito non è colpevole (4), poichè nè nei contratti, nè nei delitti può alcuno rispondere del caso fortuito (5).

§. 1084. E siccome la legge Aquilia vindica qualunque diminuzione di patrimonio (6), risulta 4° non esserci in virtù di questa legge verun'azione diretta qualora siasi ferito un uomo libero (7); 5° che al contrario la detta legge abbia luogo se un corpo abbia recato nocumento a un corpo e l'altrui patrimonio siasi perciò diminuito: era questo il vero senso della legge Aquilia (8).

§. 1085. Del resto la menzionata legge conteneva tre capitoli. Col primo veniva prescritto, che *colui il quale senz'alcun dritto avesse ucciso o un servo o una serva o un quadrupede, sarebbe condannato a pagare al proprietario in contante il valore massimo che l'oggetto estinto avrebbe avuto in quell'anno* (9).

§. 1086. Quindi col primo capitolo punivasi non qua-

(1) §. 4, 5, 6, 7 et 8, *Inst. h. tit.*; *Leg.* 5, 6, 7; 8, 30. 31, 44, *pr. ff. h. t.*

(2) §. 2, *Inst. Leg.* 4, *Leg.* 29, §. 7, *Leg.* 45, §. 4, *ff. h. t.*

(3) *Leg.* 4, *Leg.* 5, *pr. Leg.* 45, §. 4, *ff. h. t.* *Leg.* 3, *ff. de just. et jur.*

(4) §. 3, *Inst. h. t.*

(5) Vedete il §. 765 di questi Elementi.

(6) Vedete il §. 1080, *ivi.*

(7) *Leg.* 13, *ff. h. t.*

(8) §. ult. *Instit. h. tit.*

(9) *Leg.* 2, *pr. ff. h. t.*

lunque danno, ma quello cagionato 1° *uccidendo* (1); 2° punivasi altresì il danno cagionato non su qualunque cosa, ma quello sui *servi* o sui *quadrupedi tenuti in gregge*, come per esempio i *porci* (2) (a).

§. 1087. Sicchè con questo primo capitolo accordavasi azion penale al proprietario, o a colui che ci aveva interesse in forza di dritte reale (3), e che aveva sofferto danno, quale azione si dava contra l'uccisore, ma non già contra il di costui erede (4); accordavasi altresì solidalmente contra più persone (5), ad oggetto di far pagare il massimo valore che la cosa avesse avuto da un anno indietro, in guisa chè tutto il vantaggio che nel detto anno avesse potuto arrecare il servo più prezioso si congiungeva alla valutazione (6). Parecchi esempi si rinvencono nelle leggi qui sotto citate (7).

§. 1088. Il secondo capitolo della legge Aquilia non è più in uso nè più si conosce (8); sebbene sia molto verisimile che nel detto capitolo Aquilio siasi occupato o del servo sedotto o delle cose effuse e git-

(1) *Leg. 7, §. 1, 2, ff. h. tit.*

(2) *Leg. 2, §. 2, ff. h. tit.; §. 1, Instit. h. h. tit.*

(a) Allorchè i giuriconsulti parlavano secondo i termini delle arti, distinguevano *quadrupedes*, *pecudes*, e *bestiae*. *Quadrupedes* erano quelli che si domavano nel dorso e nel collo, cioè che trasportavano o tiravano carichi o some (*sarcinas*). *Pecudes* erano quelli che pascolano in gregge. Tutti gli altri animali irragionevoli eran chiamati *bestiae*, *Bynkershoek, de reb. mane. cap. 6, pag. 119, seg.* Siccome poi la nostra legge non fa distinzione alcuna tra le voci *quadrupedes* e *pecudes*, risulta non essere stato assurdo che gli antichi avessero dubitato se i porci erano *pecudes* e *quadrupedes* §. 1, *Instit. h. t.; Leg. 65, §. 4, ff. de legat.* La maggior parte non vuole che fossero quadrupedi perchè non si domano nel dorso e nel collo; ma li comprende sotto la denominazione di *pecudes*, perchè pascolano in gregge.

(3) *Leg. 11, §. 9, 10, ff. h. tit.*

(4) §. 9, *Instit. h. tit.* Vedete il n° 2° del §. 1037.

(5) *Leg. 11, §. 2, ff. h. t.*

(6) *Leg. 23, §. 6, ff. h. tit.*

(7) *Leg. 12 §. 1, Leg. 23, pr. §. 1, 2, ff. §. 10, Inst. h. t.*

(8) §. 12, *Instit. h. tit.; Leg. 27, §. 3, ff. h. tit.*

tate; o pure, che i capitoli dell' indicata legge fossero stati più di tre (1).

§. 1089. Il terzo capitolo avea prescritto, che se taluno senza niun diritto avesse ucciso esseri differenti dagli uomini o dai quadrupedi in gregge, o avesse recato danno ad alcuno, o bruciando o rompendo o frangendo, sarebbe condannato a pagare al proprietario il massimo valore che la cosa avesse avuto da trenta giorni indietro (2).

§. 1090. Laonde con questo capitolo veniva punito il danno cagionato su di una cosa diversa dal servo o dal quadrupede, non solamente coll' uccisione, ma con qualunque altro mezzo di deterioramento (3).

§. 1091. Dunque con questo capitolo accordavasi al proprietario, o a colui, che ci aveva interesse in forza di dritto reale (4), un' azione contra colui che avesse ucciso un essere diverso dal quadrupede in gregge, o che avesse cagionato qualunque altro danno: con sì fatta azione avevasi diritto di ripetere il massimo valore ne' prossimi trenta giorni (5). E però l' azione anzidetta non era in alcun modo infamante (6).

§. 1092. Si possono qui soggiugnere tre corollarii: il primo è, che se un uomo libero sia stato ferito, gli compete in forza del terzo capo della legge Aquilia non l' azione diretta, ma utile. Sì fatta azione non ha per oggetto la valutazione, ma il pagamento de' danni-interessi per l' interruzione delle occupazioni e delle spese di guarigione; e perciò non entrano in calcolo il dolore, le cicatrici e la deformità (7).

§. 1093. Il secondo corollario è, che se il reo ne-

(1) Vedete l' *Illustre Bynkershoek, Obs. lib. 1, cap. 13*, e la nostra discussione nelle *Antiq. Rom. h. t. §. 9. seg. edit. nov.*

(2) *Leg. 27, §. 5, ff. h. t.*

(3) *§. 13, Inst. h. t.; Leg. 27, §. 13, ff. h. t.*

(4) *Leg. 11, §. 10, ff. h. t.*

(5) *Dict. Leg. 27, §. 4, ff. h. t.*

(6) *Leg. 1, ff. de his qui not. inf.*

(7) *Leg. 13, ff. h. t.; Leg. 3, ff. si quadr. pauper. fecisse die.; Leg. ult. ff. de effus. et deject.*

gasse aver commesso il delitto, l'azione crescerebbe del doppio (1).

§. 1094. Finalmente il terzo corollario è, che se il danno fosse stato cagionato da corpo a corpo, si avrebbe l'azione diretta in forza della legge Aquilia; se il danno fosse stato cagionato ad un corpo, ma non da un corpo, si avrebbe l'azione utile; se finalmente il danno fosse stato cagionato non da un corpo, nè ad un corpo, si avrebbe l'azione in factum (2).

§. 1095. Giusta le consuetudini della Germania, l'azione compete pe' soli danni-interessi e per la vera valutazione della cosa.

N. B. Per conferire la materia contenuta in questo titolo III colle disposizioni corrispondenti del nostro Codice, vedete gli articoli 375, 376, 377, 448, 450; 461 n° 26 LL. penali.

TITOLO. IV.

Delle ingiurie

SOMMARIO.

§. 1096 Definizione dell'ingiuria — 1097 Ingiuria verbale, ingiuria reale. Alla prima specie si riferisce il libello famoso: alla seconda la pittura contumeliosa — 1098 Ingiuria semplice, ingiuria atroce: come quest'ultima si valuta — 1099 Caratteri dell'ingiuria — 1100 Continuazione — 1101 Azioni per l'ingiuria — 1103 Azione straordinaria criminale — 1104 In che l'azione pretoria conviene e in che disconviene coll'azione criminale straordinaria — 1105 Azion civile della legge Cornelia: a chi compete — 1106 Azion criminale della stessa legge — 1107 Quando l'azion civile della legge Cornelia rimane prescritta, e quando l'azion criminale della stessa legge — 1108 Ritorsione — 1109 Arbitrio del giudice circa la stessa — 1110 Carattere di questa azione — 1111 Quando è che tutte le indicate azioni cessano di aver luogo.

§. 1096. Il quarto delitto privato è l'ingiuria (3). Con questo vocabolo non s'intende tutto ciò che si fa senza dritto, come nella legge Aquilia (4), ma ogni detto, ogni azione, dolosamente diretta a oltraggiare qualcuno (5).

(1) §. 26, *Inst. de act.*; *Leg. 2*, §. 1, *ff. de leg. Aquil.*

(2) §. ult. *Inst. h. tit.*; *Leg. 11*, *ff. de praescript. verb.* Vedete il §. 1084, di questi Elementi.

(3) Vedete il §. 1035, di questi Elementi.

(4) Vedete il §. 1081, *ivi*.

(5) *pr. Inst. h. t.*

§. 1097. Dunque perchè questo oltraggio si fa ad altro o con parole o con fatti (1), risulta che l'ingiuria si debba distinguere in *verbale* e *reale* (2): alla prima di queste due specie si riferisce l'ingiuria *scritta* e il *libello famoso*, cioè gli scritti formati a solo oggetto di diffamare qualcuno *anonimi*, sieno divulgati *sotto nome finto*, sieno finalmente *divulgati col nome dell'autore* (3): alla seconda delle due riferite specie si rapporta la *pittura contumeliosa*.

§. 1098. Potendo l'oltraggio essere di conseguenza o grave o lieve, l'ingiuria si divide in *semplice* e *atroce* (4): quest'ultima si valuta o dell'atrocità del fatto o dal luogo ove l'oltraggio ebbe effetto, o dalla persona oltraggiata (5).

§. 1099. Essendo il dolo una delle cause dell'ingiuria (6), risulta: 1° non esserci ingiuria, ove non siasi concorsa l'intenzione di commetterla (7); 2° non poter essere colpevoli d'ingiuria i furiosi, gl'impuberi e le persone incapaci di dolo (8); nè 3° coloro che facciano qualche cosa per ischerzo (9); 4° o che volendo percuotere il proprio servo percuotano un uomo libero (10); o 5° che abbiám detto o fatto qualche cosa colla intenzione di correggere (11): sebbene però la presunzione di non esserci ne' riferiti casi veruna ingiuria cede alla verità e alla pruova. Se ne vede l'esempio tratto da' magistrati nella *Leg. 32, ff. h. t.*

§. 1100. E siccome ciò che si fa o si dice coll'intenzione d'ingiuriar qualcuno chiamasi ingiuria (12), risulta, 6° esser lo stesso ingiuriare qualcuno direttamente, o pure qualcuno della di costui famiglia: per

(1) Ved il §. ant. (2) §. 1, *Inst. L. 1*, §. 1, *ff. h. t.*

(3) *Leg. 5*, §. 9, *ff. h. t. Leg. un. Cod. de famos. libell.*

(4) §. 9, *Inst. Leg. 7*, §. 7, et 8, *Leg. 8*, et 9, *ff. h. t.*

(5) §. 9, *Inst. Leg. 7*, §. ult. *ff. h. t.*

(6) Come si è veduto nel §. 1096, al principio di questo Titolo.

(7) *Leg. 5*, *Cod. L. 15*, §. 13, *L. 32*, *L. 33*, *ff. h. t.*

(8) *Leg. 3*, §. 1, *ff. h. tit.* (9) *Leg. 3*, §. 3, *ff. cod.*

(10) *Leg. 3*, §. 4, *Leg. 4*, *ff. h. t.*

(11) *L. 5*, §. 3, *ff. ad L. Aquil. Leg. 15*, §. 39, *ff. h. t.*

(12) Siccome si è veduto nel §. 1096, *pr. h. t.*

esempio, il figlio, il servo, la sposa, e molto più la moglie (1): 6° in questo caso potrà il padre intentar l'azione per l'ingiuria fatta al figlio, il marito per l'ingiuria fatta alla moglie, lo sposo per la sposa, il patrono per lo servo (2), e non già la moglie, pel marito purchè l'ingiuria non sia anche diretta contro di lei (3).

§. 1101. L'azione per l'ingiuria può essere intentata o civilmente o criminalmente o in forza dell'editto del pretore o anche della legge *Cornelia sulle ingiurie*, Avvi altresì un rimedio estragiudiziario, cioè la ritorsione.

§. 1102. L'azione pretoria la quale chiamasi benanche *estimatoria*, compete a colui che soffrì l'ingiuria o nella propria persona, o in quella di qualcuno di sua famiglia (non però agli eredi) (4), contra colui che ingiuriò o da sè, o per mezzo di altri (5), (e non contra gli eredi) (6), per far pagare il valor della ingiuria ad arbitrio dell'attore (7).

§. 1103. L'azione *straordinaria criminale* compete ai medesimi contra i medesimi, ad oggetto di far infliggere una pena arbitraria (8): sì fatta pena è anche capitale 1° per un libello famoso divulgato nel pubblico (9); 2° per ingiuria fatta al culto divino, a' luoghi sacri, o ai sacerdoti dediti alle sacre funzioni (10). Rispetto all'ingiuria fatta ai professori e agli studenti della accademie, l'imperador Friderico volle che gli autori fossero puniti d'infamia, colla perdita delle loro dignità (11).

§. 1104. La prima azione è pretoria e tendente alla punizione dell'ingiuria; e perciò spira col decorso di

(1) L. 18, §. 4, et 5; L. 15, §. 35, seq. L. 41, ff. h. t.

(2) §. 2, *Instit. Leg. 1*, §. 3, et §. ult. ff. h. t.

(3) §. 2, *Inst. Leg. 2*, Leg. 11, §. h. t.

(4) Vedete il n° 2° del §. 1038 di questi Elementi.

(5) Leg. 11, pr. §. 3, ff. §. 11, *Inst. h. t.*

(6) Riv. il n° 2° del citato §. 1038. (7) §. 7, *Inst. h. t.*

(8) §. 10, *Inst. L. ult. ff. h. t.* (9) L. un. C. de fam. libel.

(10) Leg. 13, *Cod. de episc. et cleric.*

(11) *Auth. Habita, Cod. ne fil. pro patre.*

un anno (1); l'una e l'altra tendono alla persecuzione della pena, e quindi non possono cumularsi (2). Differiscono poi 3° nel potersi la prima intentare, e nel potersi far difendere da un procuratore (3). Ma se vogliasi istituire azion criminale, nè l'accusatore, nè l'accusato possono agire per via di procura, tranne le persone illustri (4).

§. 1105. L'azion civile della legge Cornelia sulle ingiurie non compete a tutti coloro che han sofferto una ingiuria qualunque; ma soltanto allorchè taluno sia stato leggiermente o bruscamente (a) battuto, o siasi a viva forza entrato nella di costui casa (5): non compete però all'erede (6); e se si rivolga contra colui che battè o percosse o entrò di viva forza o ordinò di farlo, non può per anco rivolgersi contra i di costoro eredi (7): lo scopo di sì fatta azione è di farsi pagare il valore dell'ingiuria ad arbitrio dell'attore (8).

§. 1106. L'azion criminale sembra competere in forza della medesima legge, a' medesimi contra i medesimi per fare infliggere al colpevole una pena pubblica (9).

§. 1107. Ciò che abbiamo osservato nel paragrafo 1104 è altresì applicabile a queste azioni, tranne che la legge pretoria prescrivasi con lo scorrere di un anno (10). L'azion civile della legge Cornelia prescrivasi dopo venti anni (11).

§. 1108 Fuori giudizio i costumi del secolo permet-

(1) *Leg. 5, Cod. de injur.*

(2) *Leg. 6, Leg. 7, §. 1, ff. h. t.; Leg. un. Cod. quando civ. act. crim. praejud.* (3) *Leg. 11, §. 2, ff. h. t.*

(4) *§. 10, Inst. h. tit.; Nov. 71, cap. 1.*

(a) *Verberare* è quando si sente dolore dietro le battiture; *pulsare* è quando non se ne sente, ma per oggetto di oltraggio, *L. 5, §. 1, ff. h. t.* (5) *Leg. 5, pr. ff. §. 8, Inst. h. t.*

(6) Vedete il n° 4° del §. 1038.

(7) Rivedete il citato §. 1038 al n° 4°.

(8) *Leg. 37, §. 1, ff. h. t.; Leg. 42, §. 1, ff. de proc.*

(9) *Leg. 5, Leg. 37, §. 2, ff. §. 8, Inst. tit.*

(10) *Leg. 5, Cod. de injur.*

(11) *Leg. 42, §. 1, ff. de proc.; Leg. 3, de praeser. 30, vel. 40, ann.; Leg. 12, Cod. ad leg. Corn. de fals.*

la *ritorsione* (1), in forza della quale colui che viene verbalmente ingiuriato, rivolgendosi immediatamente una simile ingiuria contra colui che fu il primo a ingiuriare, rimuove con ciò l'oltraggio ricevuto (2). E siccome si fatta ritorsione è un modo di vendetta particolare, è chiaro che con essa ogni azione rimane estinta.

§. 1109. Ciò è conforme all'uso del foro; ma il giudice sovente detrae molto dalle arbitrarie valutazioni degli attori (3).

§. 1110 Questa azione non è penale, ma tende al riacquisto della cosa, cioè a essere rimesso nell'onore; e può perciò esser cumulata colla estimatoria e colla criminale (4).

1111. Del resto, tutte queste azioni cessano: 1° colla ritorsione (5); 2° colla prescrizione (6); 3° colla remissione, sia espressa (7), sia tacita, la quale si raccoglie e dalla dissimulazione dello sdegno, e dall'aver familiarmente convissuto col reo (8); 4° colla morte di una delle due parti (9), purchè la causa non sia stata contestata col defundo (10).

N. B. Per la dottrina contenuta in questo Titolo IV, vedete gli articoli 365 a 371 delle nostre Leggi penali, e l'articolo 25 delle nostre Leggi di procedura ne' giudizi civili.

(1) Vedete in quest'opera il §. 1001.

(2) Leg. 14, §. 6, ff. de bon. libert.; Leg. 25, ff. de procur.

(3) §. 7, Inst. h. t. (4) Vedete in quest'opera il §. 1038.

(5) Vedete il §. 1108, *ivi*. (6) Vedete il §. 1107, *ivi*.

(7) Leg. 17, §. 1, ff. de pact.; L. 11, §. 1, L. 17, §. 1, ff. h. t. (8) §. ult. Inst. Leg. 11, §. 1, ff. h. t.

(9) Leg. 13, pr. ff. h. t.; §. 1, Inst. de perp. et temp. act. Vedete il n° 4° del citato §. 1038.

(10) L. 13, pr. ff. h. t. Vedete il §. 1019 di questi Elementi.

TITOLO V.

Delle obbligazioni nascenti dal quasi-delitto

SOMMARIO.

§. 1112 Definizione del *quasi-delitto* -- 1113 Colpa del giudice che fa sua la lite -- 1114 Cose sparse o gittate -- 1115 Azione *in factum*: a chi compete -- 1116 Quando questa azione è annale, e quando è perpetua -- 1117 Cose sospese o situate in guisa da arrecar danno -- 1118 Azione *popolare nel fatto*: a chi compete -- 1119 In che il padre è tenuto pe' quasi-delitti del figlio di famiglia -- 1120 Altre persone contra le quali i quasi-delitti producono azione -- 1121 Altre persone alle quali compete l'azione *in factum* -- 1122 Azione *penale in factum* -- 1123 Altri quasi-delitti: azione cui danno luogo -- 1124 Usi odierni.

§. 1112. Finora abbiain trattato dei delitti veri. A questi si contrappongono i *quasi-delitti*, i quali si definiscono *fatti illeciti commessi con colpa soltanto, ma senza dolo* (1). Laonde i quasi-delitti non sono l'effetto del dolo, ma vengono prodotti da colpa propria a colui che la commette, e non che gli sia imputata, siccome opinò Struvio (2): ciò risulta chiaro coll' esempio del giudice, il quale rimane responsabile della lite (3).

§. 1113. Tal' è la colpa 1° del giudice che faccia sua lite. Dicesi *far sua lite*, chi ha mal giudicato. Se ciò ha luogo con dolo, è un vero delitto: se per ignoranza o per imprudenza è un quasi-delitto. Nel primo caso la pena è di pagare il vero valore della lite, di soggiacere all' infamia, e di perdere l'impiego (4). Nel secondo caso la condanna è a un'ammenda arbitraria (5), e può anche instituirsi l'azione *in factum* (6).

§. 1113. Sono colpevoli di quasi delitti 2° coloro che abitano in appartamenti, sia con qualità di proprietari, sia con quella d'inquilini, per aver gittato

(1) §. ult. *Instit. h. t.* Vedete il §. 1034 di questi Elementi.

(2) Per lo §. 1, *Instit. h. t.*

(3) *Dict. §. ult. Inst. h. t.*; *L. ult. §. 4, ff. naut. caup. stab.*

(4) *Leg. 15, §. 1, de jud.*; *Leg. ult. Cod. de poen. jud. qui mal. jud.*

(5) *Pr. Inst. h. t.*

(6) *L. 6, ff. de extraord. cogn.*; *L. 5, §. 4, ff. de obl. et act.*

qualche cosa la quale abbia cagionato danno a coloro che passano (1); imperciocchè non può dirsi esser esenti da colpa coloro che ammettono al loro servizio gente stupida e scioperata (2).

§. 1115. L'azione *in factum* compete ai danneggiati e ai di costoro eredi (3), o contra il proprietario o contra il locatario, e non contra i di costoro eredi (4); nè contra l'ospite (5): se sono più, contra tutti solidalmente (6) (a); e compete; 1° per far pagare il doppio se il danno sia suscettivo di valutazione (7); 2° a cinquanta monete d'oro in favor del attore se sia stato ucciso un uomo libero (8); 3° e se a questo siasi recato danno, farsi reintegrare di tutte le spese e danni-interessi (9).

§. 1116. Quest'azione *in factum*, se viene istituita per far pagare cinquanta monete d'oro, è annale e non compete nè all'erede, nè contra l'erede (10); imperocchè per tutti gli altri danni l'azione è perpetua e compete agli eredi (11).

§. 1117. Sembra che commettano un quasi-delitto 3° coloro che hanno sospesa o situata qualche cosa su quel luogo per cui si passa, poichè la caduta di tali cose può recare o ha recato nocimento a coloro che passano (12).

§. 1118. Da questo delitto nasce l'azione popolare

(1) §. 1, pr. *Inst. h. t.*

(2) *Leg. pen.* §. 2, ff. *de his qui effud. vel dejec.*

(3) *L. 5, §. 5, ff. h. t.*; *L. 5, ff. de his qui effud. vel dejec.*

(4) *Leg. 5, §. 5, ff. cod.* Vedete il n° 3° del §. 1038.

(5) *L. 1, §. 9, L. 5, §. 1, ff. cod.*

(6) *Leg. 1, §. ult. Leg. 2, 3, 4, 5, pr. ff. cod.*

(a) E pure se un solo venga a pagare, gli altri restano liberati, *dict. Leg. 5, seq.*: l'opposto si pratica nelle azioni penali provenienti da delitto, *Leg. 11, §. 2, ff. ad leg. Aquil.* Vedete il §. 1038, di quest'Opera.

(7) §. 1, *Inst. h. t.*; *Leg. 1, pr. ff. cod.*

(8) *Leg. 1, §. 5, ff. h. t.*

(9) *Leg. 5, §. 5, Leg. ult. ff. cod.* Vedete il §. 1092.

(10) *L. 5, §. 5, ff. cod.*; §. 1, *Inst. h. t.*

(11) *Leg. 5, §. 5, ff. cod.* Vedete il §. antecedente.

(12) *L. 5, §. 6, ff. cod.*

nel fatto, la quale compete a chicchessia contra colui che o situò o sospese, e non contra l'abitante, ad oggetto di far pagare in beneficio dell'attore dieci monete d'oro (1), o per farsi dare quel servo che senza intesa del padrone o situò o sospese la cosa che cagionò il nocumento (2).

§. 1119. Ove il figlio di famiglia abiti diviso da suo padre e venga perseguitato per questi quasi-delitti, non può per verità il padre essere astretto pei fatti di suo figlio (3); ma se questi venga condannato, l'azione della cosa giudicata compete a colui che guadagnò, contra il padre, perchè questi paghi dal peculio (4) (a).

§. 1120. Il quasi-delitto produce anche azione 4^o contra i marinai tavernari e locandieri, pel danno cagionato agli oggetti de' viaggiatori e degli ospiti. Si osservi però esser essi tenuti per ragione del quasi-contratto (5), se il danno fu cagionato da un estraneo, dell'opera del quale i marinai tavernari e locandieri non sogliono servirsene: per esempio da' vetturini o dai passeggeri (6): sono poi tenuti per effetto del quasi-delitto, se il danno fu cagionato dai loro domestici (7) (b). Il fondamento della prima ob-

(1) L. 5, §. 5, §. 12, §. ult. ff. eod.

(2) Leg. 2, pr. ff. de nox. act.

(3) §. 2, Inst. h. t.; Leg. 58, ff. de reg. jur.

(4) Leg. 57, ff. de judic.; Leg. 3, §. 11, ff. de pecul.

(a) Tal' è di ciò la ragione. Il padre non è responsabile de' delitti del figlio, §. ult. Inst. de noxal. act., perchè i delitti obbligano soltanto coloro che li commettono (§. 1038, 3^o): quindi è che il padre nemmeno può esser convenuto pel figlio su fatti criminosi. Ma siccome la contestazione in causa introduce novazione (§. 1013), ed essendo il figlio tenuto in forza della cosa giudicata come da un quasi-contratto, così il padre è obbligato pe' contratti di suo figlio fino alla concorrente quantità del peculio, L. 1, L. 3, §. 11, ff. de pecul.: da ciò risulta che l'azione della cosa giudicata si accorda contra il padre fino alla concorrentenza del peculio.

(5) Leg. 3, §. 1, ff. naut. caup. stab.

(6) Leg. 1, pr. §. ult. Leg. 3, §. 1, Leg. 5, §. 1, ff. eod.

(7) §. ult. Instit. h. t.

(b) Dai domestici, ma non già da' servi; perchè il patrono non era tenuto pe' delitti de' servi, allorchè questi si davano in ristoro

bligazione è riposto nel consenso alla restituzione, il quale si presume per la circostanza di essersi dichiarati responsabili della cosa col ricevercela (1): (a): il fondamento della seconda è la colpa del marinaio o del locandiere i quali tengono a loro servizio uomini malvagii (2).

§. 1121. Per questo quasi-contratto il pretore accorda l'azione *in factum* ad oggetto di revindicar la cosa: questa azione compete ai passeggeri e ai viaggiatori e di costoro eredi, contra i marinai e i locandieri e di costoro eredi, acciò restituiscano le cose di cui si dichiararono responsabili coll'aversele ricevute, ovvero a risarcire il danno cagionato da chicchessia, anche da un estraneo (3).

§. 1122. Pel quasi-delitto, il beneficio del pretore concesse l'azione penale *in factum* contra i marinai tavernari e locandieri, ma non già contra gli eredi (4): tale azione è nel doppio (5), e quantunque sia pretoria e penale, è non ostante perpetua (6).

§. 1123. Ci sono altri quasi-delitti che abbiamo stimato di omettere, come 5° la *misericordia intempestiva* che apporta danno ad altri (7); 6° la *connivenza* colla quale taluno permette di commettere un

de'danni (*si noxae dedantur*) *Leg. un. §. 5, ff. furt. advers. naut. caup. stabul.* Molto meno era risponsabile del furto commesso dalla moglie o dai figli, perchè questo male si considera come necessario, *Leg. fin. §. 4, ff. naut. caup. stab;* *Leg. un. §. ult. ff. furt. adv. naut. caup. stabul.*

(1) *Leg. 1, §. 1, Leg. 2, §. 2, ff. eod.*

(a) Ma si fatta presunzione cede alla verità, e l'azione non ha luogo se il padrone del vascello della taverna dell'albergo abbia avvertito a ciascuno di aver cura delle proprie cose, e i viaggiatori per mare o per terra ci avessero acconsentito.

(2) *Leg. 5, §. ult. ff. de oblig. et act.; §. ult. Instit. h. t. et Leg. ult. pr. et §. 4, ff. naut. caup. stabul.*

(3) *Leg. 1, pr. §. 2, §. 6, 7, §. ult. Leg. 3, §. 1, 4, Leg. 5, §. 1, ff. eod.*

(4) *Leg. ult. §. ult. ff. naut. caup. stabul.* Vedete il n° 3° del §. 1038 di questi Elementi.

(5) *§. ult. Inst. h. t.*

(6) *L. 7, §. ult. ff. naut. caup. stab.* (7) *L. 7, pr. ff. depos.*

delitto che poteva e doveva impedire, L. 45, pr. ff. ad L. Aquil.: da ciò sembra potersi anche avere l'azione *in factum*

§. 1124. Si fatte azioni sono in uso nel nostro foro, e si accordano in *simpulum*, o pei danni-interessi

N. B. Per conferire la materia di questo titolo con quella che le corrisponde nel Codice vigente, veggansi gli art. 1336 a 1340 LL. civ. non che gli art. 461 a 467 LL. penali.

TITOLO VI

Delle azioni.

SOMMARIO.

- §. 1125 Concatenazione delle materie -- 1126 Definizione ragionata dell'azione -- 1127 Divisione delle azioni -- 1128 Natura delle azioni reali -- 1129 Continuazione -- 1130 *Revindicazione* -- 1131 Azione *pubbliciana* -- 1132 Azione *rescissoria* -- 1133 Azione per la *petizione di eredità*: azione di *querela d' inofficioso testamento* -- 1134 Spiegazione della *querela di inofficioso testamento* -- 1135 Azione *confessoria*: azione *negatoria* -- 1136 A chi compete l'azione *confessoria* -- 1137 Doveri di coloro che intentano l'azione *confessoria* e *negatoria* -- 1138 Azione *Serviana*: azione *quasi-Serviana* -- 1139 A chi compete l'azione *Serviana* -- 1140 A chi compete l'azione *quasi-serviana* o *ipotecaria* -- 1141 Azione *pauliana*: *interdicti* -- 1142 Azioni *pregiudiziali* -- 1143 Azioni in causa di libertà -- 1144 Azione *de agnoscendo partu* -- 1145 Azioni personali nascenti dal *jus in rem*, chiamate *condizioni* -- 1146 Natura di queste azioni -- 1147 D'onde emergono -- 1148 Azione *ad exhibendum*: azione *in factum de edendo* -- 1149 Azioni nascenti dalla sola equità -- 1150 Restituzioni *in integrum* -- 1151 Azione *quod metus causa* -- 1152 Azione *de dolo malo* -- 1153 Restituzione *in integrum* concessa a' minori, agli assenti, etc. 1154 Condizione senza causa: azione *pauliana* o *revocatoria* -- 1155 Azioni personali che nascono immediatamente dalla legge: una sola se ne conosce ed è la condizione detta *ex lege* -- 1156 Azione nascente da un fatto obbligatorio -- 1157 Distinzione del patto nudo in *legittimo*, *pretorio* e *aggiunto* -- 1158 In che consistono i *patti pretorii* -- 1159 Azione *in factum de jurejurando* accordata dal pretore -- 1160 Distinzione de' contratti in *veri* e *quasi-contratti*: suddivisione di ciascuna di queste due specie -- 1161 Dalle quattro suddivisioni o specie de' contratti reali nascono altrettante azioni -- 1162 Azioni nascenti dalle obbligazioni verbali, e dalle azioni scritte -- 1163 Azioni nascenti dalle diverse specie di contratti consensuali -- 1164 Azione generale risultante da tutti i contratti innominati detta *in factum, vel praescriptis verbis* -- 1165 Azioni nascenti da quasi-contratti -- 1166 a 1169 Azioni nascenti da fatto illecito, cioè da delitto: de' pubblici si tratta nel titolo XVIII: degli straordinarii se ne occupano le Pandette: qui si tratta solo de' delitti privati -- 1170 Specificazione delle azioni nascenti da' delitti privati

— 1171 E de' quasi-delitti — 1172 Azioni reali, penali, e miste — 1173 In che consistono le azioni reali — 1174 Derivazione della maggior parte delle azioni penali — 1175 Azioni in *simplum*, in *duplum*, in *triplum*, in *quadruplum* — 1176 Quando si esercita l'azione in *simplum* — 1177 E quando in *duplum* — 1178 Quando si accorda l'azione in *triplum* — 1179 E quando quella in *quadruplum* — 1180 Pratica odierna circa le azioni in *duplum*, *triplum* e *quadruplum*.

§. 1125. Dicemmo nel § 74, che ogni diritto sia relativo o alle *persone* o alle *cose* o alle *azioni*. E poichè abbiamo finora trattato dei diritti che concernono le persone e le cose, uopo è che al presente delle azioni s'imprenda a trattare.

§. 1126. L'azione considerata come diritto, appartiene al secondo oggetto del diritto, e specialmente alle cose incorporali (1); ma considerata come rimedio per ottenere il proprio diritto, costituisce allora il terzo oggetto del diritto. Quindi l'azione può nel primo senso definirsi *il mezzo di dimandare in giudizio ciò che è dovuto* (2); nel secondo senso è *il mezzo legittimo di ottenere colla via giudiziaria i diritti che appartengono a ciascuno, sì reali che personali* (3).

§. 1127. Siccome dunque colle azioni si ottengono i diritti sì reali che personali (4), risulta esserci delle azioni personali dette *condictiones* (5) (a). Queste due specie di azioni sono o *civili* o *pretorie* (6).

§. 1128. E poichè le azioni reali nascono dal diritto reale (7), e questo diritto reale è l'effetto del dominio pieno o semi-pieno, o dell'eredità, o della servitù, o dell'ipoteca (8), risulta 1° esserci altrettante specie di azione reali, parte civili, e parte pretorie.

(1) L. 49, ff. de verb. sign.

(2) pr. Inst. h. t. (3) Vedete il §. 331 di questi Elementi.

(4) Vedete il §. antecedente. (5) §. 1, Inst. h. t.

(a) Non neghiamo pertanto che ci sieno le miste, come ne' tre giudizi divisorii, e nella petizione di eredità (Pandect. part. 2. §. 66, nota) Nè perciò cessa di essere azione mista quella che della reale o della personale maggiormente partecipa.

(6) §. 3, et 8 Inst. h. tit.

(7) Vedete in questo Titolo il §. 1126.

(8) Vedete il n° 3° del §. 344 di questi Elementi.

§. 1129. Essendo inoltre il dritto reale una facoltà appartenente alla persona sulla cosa, senz'alcuna relazione a certa persona (1), risulta: 2° che l'azione reale compete contra qualunque possessore (2), e come possessore si riguarda anche colui che per dolo cessò di possedere (3); 3° che colui il quale possiede non possa giammai intentare l'azion reale, fuorchè in un sol caso (4) (a); 4° che il proprietario non possa dimandar la sua cosa mercè *condizione*, o azion personale, eccetto che colla *condizione furtiva* di cui parlammo nella nota del § 1062 (5).

§. 1130. In virtù della proprietà il dritto civile accorda al padrone la *vindicazione* contra qualunque possessore (6), o contra colui che cessò di possedere (7); questa *vindicazione* ha per oggetto di conseguir la cosa con tutti gli accessori, frutti, e ogni causa, secondo la qualità del possesso (8): se la detta azione deriva dal dominio pieno, dicesi *diretta*; se dal dominio semi-pieno, come sarebbe dall'enfiteusi, dal feudo, dicesi *utile* (9).

§. 1131. E poichè colui che revindica è tenuto a provare non solo il possesso del suo avversario, ma benanche la sua proprietà, ed essendo assai difficile una tal pruova, Quinto Pubblico pretore suppose un

(1) Vedete il §. 332, *ivi*. (2) *L. 25, pr. ff. de obl. et act.*

(3) *L. 36, L. 131, §. 1, ff. de reg. jur.; L. 27, ff. cod.*

(4) §. 1, *Inst. h. t.*

(a) Ma qual'è questo caso? Coloro che annoverano il possesso fra i diritti reali opinano che si tratti della turbativa del possessore; altri, della specie di cui parla la *legge 9, ff. de rei vind.* altri opinano in altro modo. Ma la cosa istessa indica aver Giustiniano inteso parlare della sola azione negatoria colla quale agisce il possessore del fondo, *Leg. 4, §. ult. Leg. 6, §. 1, ff. si sero. vind.* e in tal modo Teofilo interpreta questo §. 2, *Inst. h. t.* Vedete *Ubero, Praelect. ad Inst. h. t. §. 6.*

(5) §. 14, *Inst. h. t.* Vedete la nota del §. 1063.

(6) Vedete il n° 2° del §. antecedente.

(7) *Leg. 27, §. 3, ff. de rei vind.* Vedete il citato n° 2° del §. antecedente. (8) Vedete il §. 337 e seguenti di quest'opera.

(9) *Leg. 1, §. 1, ff. si ager vectigal.; Leg. 73, §. 1, Leg. 74, et 75, ff. de rei vind.*

dominio fittizio (1) (a), e con tal mezzo introdusse una nuova azion reale chiamata *publiciana*, la quale compete a colui che ricevè la cosa altrui in buona fede e per giusta causa, contra il detentore che possiede con un diritto meno apparente; e ciò ad oggetto che gli sia restituita la cosa co' suoi accessori, frutti e ogni causa, secondo la qualità del possesso (2). Similmente l'azione *publiciana* utile compete all'enfiteuta e al padrone della superficie (3).

§. 1132. Della stessa natura è l'azione rescissoria. Siccome colla usucapione si acquista la proprietà, e il dritto del padrone si estingue (4); e quindi, compiuta l'usucapione, sopravvenendo il padrone e ridomandando la sua cosa, gli si oppone utilmente la prescrizione; così il pretore accordò quest'azione rescissoria ai veri padroni assenti (b) (non però a tutti indistintamente, ma a coloro che o per timore o per necessità o per interessi dello stato furono assenti, e ai di costoro eredi), contra il possessore che durante l'assenza aveva prescritto la cosa, e di costui eredi. Si dà pure al padrone presente, come pure al di costui erede, contra un assente qualunque, il quale durante l'assenza avesse prescritto la sua cosa, o contra l'erede del detto assente; per farsi restituire la cosa prescritta, con ogni causa, rescindendo la prescrizione (5).

(1) §. 4. *Inst. h. t.*; *Leg. 7, §. 6, ff. de publ. in rem act.*

(a) Si fatto dominio è puramente pretorio. Imperocchè il pretore finge aver l'autore prescritta la cosa che non prescrisse, §. 4, *Inst. h. t.*; *Leg. 7, §. 6, ff. de publ. in rem act.*

(2) §. 4, *Instit. h. t.* Vedete in quest'opera il §. 377 e seguenti.

(3) *Leg. 12, §. 2, 3, Leg. 11, §. 1. ff. de publ. in rem act.*

(4) Vedete il §. 448 di questi Elementi.

(b) Dunque si fatta azione compete al proprietario contra il nuovo proprietario: ma il pretore rescinde questa nuova proprietà; e in quel modo che nella *publiciana* suppone prescritta la cosa mentre non ancora lo è, così del pari qui suppone che chi ha prescritto non abbia prescritto §. 5, *Instit. h. t.* Sicchè ha questa la stessa origine della *publiciana*, e perciò con tale denominazione si appella, *Leg. 35, ff. de obl. et act.*; *Leg. 57. ff. mand.*

(5) §. 4. *Instit. h. t.*; *Leg. 1. seq. ff. quib. ex caus. maj. in-ut. rest.*

§. 1133. Dal diritto ereditario reale nascono due azioni civili, la *petizione di eredità* e la *querela d' inofficioso testamento*. La *petizione di eredità* si accorda all' erede testamentario o *ab intestato* contra colui che possiede a titolo di erede o di possessore, o che cessò di possedere con dolo: si accorda benanche ai di costui eredi (1), ma non contra coloro che posseggono a titolo singolare (2); e ciò ad oggetto che l' attore sia dichiarato erede, e il possessore sia condannato alla restituzione dell' eredità con ogni causa, suoi accessori e frutti, secondo la qualità del possesso (3). Sicchè, è dessa una vera *azion reale*; ma quando si conchiudesse per prestazioni personali a motivo dell' amministrazione dell' eredità, può ragionevolmente chiamarsi *mista* (4).

§. 1134. Dal diritto civile strettamente detto (5), cioè dalla interpretazione de' prudenti, deriva la *querela d' inofficioso testamento* della quale parlammo (6: essa consiste in una specie di *petizione di eredità* (7).

§. 1135. All' occasione delle servitù e di altri diritti nascono due azioni civili, la *confessoria* e la *negatoria*. La *confessoria diretta*, costituita già la servitù (8), compete al padrone del fondo dominante o all' usufruttuario, contra il padrone del fondo serviente il quale nieghi l' esistenza della servitù, o contra il proprietario o possessore qualunque il quale nieghi dover l' usufrutto; e ciò perchè il magistrato pronunzii esser la servitù dovuta all' attore o al di costui fondo (9), perchè condanni il convenuto alla restituzione del possesso e della facoltà di usufruire, non che

(1) Vedete in questo Titolo il n° 2° del §. 2129..

(2) *Leg. 7. Cod. de her. pet.*

(3) Vedete il §. 377 di questi Elementi.

(4) *Leg. 7. Cod. h. tit.* Vedete la nota del §. 1127.

(5) Vedete nel libro primo di questi Elementi, il §. 75.

(6) Nel §. 579 e seguenti.

(7) *Leg. pen. pr. ff. de bon. possess. contr. tab.; Leg. 34, Cod. de inoff. testam.* (8) Vedete il §. 396 di questi Elementi.

(9) Vedete il §. 393 e seguenti, *ivi*.

ai danni-interessi, come altresì a prestar cauzione di non turbarlo nel godimento (1). L'azione *confessoria utile* compete al creditore cui fu dato il fondo in pegno, all'enfiteuta, al superficiario, all'usufruttuario, contra il vicino sul quale revindica il suo diritto (2).

§. 1136. L'azione *negatoria* compete al proprietario di un fondo libero, il quale nega a un altro la servitù o reale o personale, quantunque possessore (3), contra chiunque pretendesse una tale servitù; e ciò ad oggetto che il suo fondo sia dichiarato libero, che il convenuto sia condannato ai danni-interessi, e a prestar cauzione di non turbarlo nel tratto successivo (4).

§. 1137. Chi intenta l'azione confessoria deve provare il suo diritto: colui che intenta la negatoria non è tenuto a provare la libertà del suo fondo, qualora ne abbia il quasi-possesto (5), non già però se l'avversario abbia il quasi-possesto della servitù (6). Si è intanto osservato che nel foro prevalga l'opinione contraria, per l'autorità della chiosa (7).

§. 1138. Dal diritto di pegno nascono due azioni pretorie, la *serviana* e la *quasi-serviana* (8) (a).

§. 1139. L'azione *serviana* compete al locatore di un predio rustico contra il colono e qualunque possessore delle cose espressamente o tacitamente obbligare per sicurtà del prezzo della locazione, ad oggetto di revindicarle (9).

§. 1140. Ad imitazione di quest'azione inventata in vantaggio del locatore di un predio rustico, fu im-

(1) §. 2. *Instit. h. tit.*; L. 4, §. 2, L. 6, §. 6, ff. *si serv. vind.*

(2) L. 16. ff. *de serv.* (3) V. la seconda nota del §. 1120.

(4) §. 2, *Inst. h. t.*; Leg. 4, §. 2, Leg. 7, Leg. 12, ff. *si serv. vind.*

(5) Leg. 23, *Cod. de probat. Leg. ult. Cod. de rei vind.*

(6) Arg. Leg. 8, §. 3, ff. *si serv. vind.*

(7) Come Brunnemann osserva nella Leg. 9, *Cod. de serv.*; Carpzov. lib. 1, resp. 67. (8) §. 7, *Instit. h. tit.*

(a) E ad imitazione di esse furono introdotti gl'interdetti *salviano* e *quasi salviano*, i quali sono azioni personali, e di cui parleremo in seguito.

(9) §. 7, *Instit. h. t.*

maginata l'azione *quasi-serviana o ipotecaria*. Essa compete a ogni creditore cui siasi costituito un pegno (1), contra il suo debitore o detentore qualunque dell'oggetto gravato d'ipoteca, onde revindicare questi oggetti co' suoi frutti e accessori (2) (a).

§. 1141. Tali sono le azioni reali. La *pauliana* di cui l'imperatore fa qui parola (3) è *puramente personale* (4) (b). Gl'*interdetti* sono altresì *personali* come in seguito sarà dimostrato (5). Rimangono soltanto le *azioni pregiudiziali* le quali sono chiamate *reali* (6).

§. 1142. Le azioni *pregiudiziali* son quelle colle quali si stabilisce lo stato delle persone: per esempio se cercasi sapere se un uomo sia libero o pur servo (e tale giudizio chiamasi *liberalis causa*, cioè a causa di libertà) (7); se sia ingenuo o liberto (8), se si debba o pur no riconoscere un infante (9).

§. 1143. Nella causa di libertà il patrono agisce contra il servo che si pretende libero, acciò questi sia restituito in servitù; o pure chi reclama la sua libertà agisce contra colui che si pretende patrono, per farsi dichiarar libero (10). E poichè il servo appartiene alla classe delle cose (11), la prima azione è

(1) Vedete il §. 818 di questi Elementi.

(2) §. 7, *Instit. h. t.*; L. 16, §. 3, *seq. ff. de pign. et hypoth.*

(a) Se quest'azione è istituita contra il terzo non può chiedersi la cosa o il prezzo. Imperciocchè, sebbene il convenuto abbia la scelta o di consegnar la cosa o di pagare il prezzo, *Leg. 16, §. 3, ff. de pignor. et hypoth. Leg. 12, §. 1, ff. quid. mod. pign. vel hypoth. solv.*, pure non ci è tra l'attore e l'convenuto alcun vincolo di diritto che possa dar luogo all'azione personale onde far pagare ciò che un altro deve in forza di obbligazione contratta.

(3) §. 6. *Instit. h. tit.*

(4) *Leg. 38, pr. junct. Leg. 4, ff. de usur.*

(b) E può in certa guisa dirsi altresì *reale* per lo dritto che i creditori acquistano su i beni de'loro debitori *Vedete Pagenst. ad Pandect.*, p. 6, §. 112.

(6) §. 13, *Inst. h. tit.*

(5) *Leg. 1, §. 3, ff. de interd.*

(7) *Tit. ff. de lib. caus.*

(8) *Leg. ult. ff. si libert. ingen. esse dicatur.*

(9) *Leg. 3, §. 1, ff. de agnosc. et al. part.*

(10) *Tit. ff. de lib. caus.*

(11) *Leg. ult. ff. si libert. ingen. esse dicatur.*

una vera revindicazione; e perchè nella seconda, colui che reclama la sua libertà nega che il diritto della proprietà della sua persona appartenga a un altro, questa azione è simile alla negatoria (1). Ci è qualche cosa di somigliante nell'altra specie di azione pregiudiziale, per decidere se taluno sia ingenuo o pur liberto. Imperciocchè se il patrono agisce contra il suo liberto che si pretende essere ingenuo, questa azione è simile alla confessoria: se poi è l'ingenuo che pretende essere ingiusto l'esercizio del diritto di patronato sul suo individuo, l'azione somiglia alla negatoria.

§. 1144. L'azione della ricognizione dell'infante (*de agnoscendo partu*) compete alla moglie ripudiata, contra il marito che la ripudiò essendo incinta, per riconoscere e alimentare l'infante. Similmente, potrà il marito agire contro la moglie ripudiata, acciò l'infante sia dichiarato appartenergli. Inoltre potrà il figlio agire contra i suoi genitori, per essere riconosciuto e alimentato (2).

§. 1145. Seguono le azioni personali nascenti dal diritto *ad rem*, le quali si chiamano *condizioni* (3).

§. 1146. Siccome dunque il diritto *ad rem* è una facoltà concessa a una persona sopra un'altra per ottenerne una prestazione (4), risulta: 1° che le azioni personali non si dienno contra qualunque possessore (a), ma contra coloro co' quali si ebbero affari (5); 2° che tutte derivino da una obbligazione non semplicemente naturale, ma da quella che il pretore o il diritto ci-

(1) *Leg. 3, §. 1, ff. de agnosc. et al. partu.*

(2) §. 13, *Instit. h. t. ff. de agn. lib.*

(3) §. 15 *Inst. h. t.* (4) V. il §. 332 di questi Elementi.

(a) Alcune formano eccezione, quantunque sieno personali; e intanto si accordano contra il terzo possessore, per cui si denominano *in rem scriptae*. Tali sono l'azione *pauliana*, l'azione *quod metus causa*, l'azione per causa di danni (*noxalis*), l'azione *ad exhibendum*, l'azione *aquae pluviae arcendae*, *Leg. 9, §. ult. ff. quod met. caus.*; *Leg. 3, ff. ad exhib.*, delle quali parleremo a suo luogo.

(5) *Leg. 25, pr. ff. de obl. et act.*; §. 1, *Inst. h. t.* Vedete il § 768 di questi Elementi.

vile sostiene (1): laonde siffatte azioni personali si distinguono in *civili e pretorie* (2).

§. 1147. Queste azioni personali nascono da una obbligazione (3) la quale deriva anch'essa o *immediatamente* dall'equità o della legge; o *mediatamente* da un fatto obbligatorio ch'è una convenzione, o pure un delitto (4). Le azioni personali derivano in parte dall'*equità*, in parte dalla *legge*, e in parte da un *fatto obbligatorio*.

§. 1148. Le azioni nascenti dalla sola equità furono introdotte rare volte dalla legge, ma sovente dal pretore o dagli edili: tal'è 1° l'azione ad *exhibendum*, nata dalla sola equità senza un fatto obbligatorio (5), la quale compete a colui che ha speciale interesse, contra qualunque possessore (6), perchè questi esibisca la cosa mobile in controversia, con ogni causa; o se non venga per dolo esibita, perchè paghi i danni-interessi (7); 2° l'azione *in factum de edendo* (8) la quale si accorda contra i banchieri, ma non contra i di costoro eredi perchè producano i loro registri (*ad edendas rationes*) o paghino i danni-interessi (9).

§. 1149. Dalla sola equità nascono 3° la maggior parte degl'interdetti, i quali vietano di farsi violenza a colui il quale voglia in conformità delle leggi valersi della cosa propria o di quella del pubblico. Di ciò tratteremo in seguito nel titolo degli *Interdetti*.

§. 1150. Le restituzioni *in integrum* nascono pure dalla sola equità (a). Il pretore, mosso dell'equità

(1) Vedete il §. 767, *ivi*. (2) Vedete il §. 777, *ivi*.

(3) Vedete il n° 2° del §. antecedente, *ivi*.

(4) Vedete il §. 771 e seguenti, *ivi*.

(5) *Leg. 3. §. penult. ff. Leg. 7, Cod. ad exhib. Leg. 2, §. 5, ff. de acqu. quot et aestiv.*

(6) Vedete in questo Titolo la nota del §. 1146.

(7) *Leg. 3, §. 9, Leg. 10 seq. ff. ad exhib.*

(8) *Leg. 4, §. 1, ff. de edendo.*

(9) *Leg. 4, pr. Leg. 6, Leg. ult. ff. de edendo.*

(a) Il di loro fondamento è la sola equità che modera il rigore del dritto. La restituzione non è dunque concessa per l'altrui delitto come la violenza, il dolo, benchè non v'ha chi dubiti che questi

rescinde quegli affari che sono *ipso jure* validi coll' accordare la restituzione *in integrum* a coloro che per *timore, dolo, età, assenza, cangiamento di stato, alienazione per evitare il giudizio*, abbiano sofferto qualche danno (1).

§. 1151. Di questo genere è 1° l'azione *quod metus causa*, accordata dal pretore a colui che vien leso in un contratto *stricti juris*, originato da giusto timore, e dai di costui eredi, contra colui che cagionò il timore, e non contra i di costui eredi (2); si accorda altresì contra qualunque possessore della cosa estorta (3), ad oggetto che sia restituita, al padrone con ogni causa; o se non venga restituita coll' arbitrio del giudice, che il possessore paghi il quadruplo (4).

§. 1152. Dello stesso genere è 2° l'azione *de dolo malo*, la quale si accorda sussidiariamente a colui che venne dolosamente ingannato, e al di costui erede (sia che in un contratto di stretto dritto questo dolo sia stato cagione della convenzione, o che lo sia stato incidentemente) (5), contra l'ingannatore, e non contra il di costui erede (6), per la restituzione della cosa estorta con dolo, e con ogni causa; e in caso di non restituzione, per farsi pagare i danni-interessi (7).

§. 1153. Per la medesima equità, il pretore accorda la restituzione *in integrum* 3° ai minori di venticinque anni che sieno stati lesi, non che a' di costoro

non sieno delinți, ma per causa dell'equità, la quale vieta che una persona sia in tal modo lesa da un'altra e questa si arricchisca a spese di quella: sicchè il pretore non punisce direttamente la violenza e il dolo ma fa reintegrare l'offeso con timore o con dolo da colui che cagionò tale offesa, quando però il dolo sia provato.

(1) *Leg. 1, Leg. 2, ff. de restitut. in integr.*

(2) Vedete il n° 3° del §. 1038 di questi Elementi.

(3) Vedete il n° 3° del §. 1146 *ivi*.

(4) *Leg. 9. §. 8. Leg. 12 Leg. 14, §. 7. ff. quod met. caus.*
§. 27. *Inst. h. tit.* (5) *Leg. 7. pr. §. 7, pr. ff. de dol. mal.*

(6) Vedete il pocanzi citato §. 1138.

(7) *L. 1. L. 13, ff. de dolo malo.* (8) *L. 13. §. ult. L. 12, L. 14, §. 8, L. 28, ff. de min.*

eredi, contra coloro che ebbero affari con essi, o contra i di costoro eredi, per riprendere tutti i loro diritti (1): quest'azione è destituita di nome proprio (2). 4° Il pretore accorda l'azione *rescissoria* agli assenti per interessi dello stato, contra i presenti, e ai presenti contra gli assenti: Di quest'azione, come *reale*, ne abbiamo parlato di sopra. Le altre restituzioni *in integrum*, cioè 5° per cangiamento di stato (*ob capitis deminutionem*); e 6° per alienazione onde cancellare il giudizio (*judicii mutandi causa*) si passano sotto silenzio, perchè non sono presentemente in uso.

§. 1154. Dall'equità e forse ancora dal quasi-contratto nasce 5° la *condizione senza causa* di cui si è parlato di sopra (3), e 6° l'azione *pauliana* o *revocatoria* (4) (a), la quale compete ai creditori immessi nel possesso dei beni de' loro debitori, e ai di loro eredi, contra tutti i possessori (5) complici della frode, e di costoro eredi quantunque ignari; o contra i possessori a titolo lucrativo, ad oggetto che le cose alienate in frode dei creditori sieno restituite con ogni causa (6). Tra queste azioni e la *Faviana* e la *Calvisiana* evvi una somiglianza: di queste due ultime tratteremo in seguito (7).

§. 1155. Dalla *legge* (8) nasce immediatamente la condizione detta *ex lege*, la quale si accorda tutte le volte che una legge nuova introduce una obbligazione senza esprimere la specie di azione che potrebbesi intentare (9); Così il donatario agisce contra il do-

(1) V. in questo Titolo il §. 1132. (2) L. 24 §. ult. ff. cod.

(3) Cioè nel §. 991. (4) Vedete in questo Titolo il §. 1141.

(a) Il fondamento di questa azione, considerata come personale, è la sola equità, e non già il delitto; imperocchè se nascesse dal delitto non potrebbe intentarsi contra i possessori ignari della frode: ed è evidente che frode non avevano commesso comprando da colui al quale il diritto civile prima del concorso de' creditori permetteva l'alienazione del cosa propria, Leg. 16. ff. de contrah. emt.

(5) Vedete la nota del §. 1146. (6) §. 6, Inst. h. t.

(7) Vedete il n° 9 del §. 1188 di questi Elementi.

(8) Vedete il §. 1108 di questi Elementi.

(9) Leg. un. ff. de condict. ex lege.

nante in virtù della *Leg. 35, §. ult. Cod. de don.* (1): così ancora agisce il donatario per rivocare ciò che doveva essere insinuato, e non lo fu secondo la *Leg. 21, fin. ff. de don.* (2): così ancora agisce il venditore leso oltre la metà, contra colui che fu causa della lesione, per far rescindere il contratto in conformità della *Leg. 2, Cod. de resc. vend. etc.* (3).

§. 1156. Mediatemente, in virtù di un *fatto obbligatorio*, nascono due azioni risultanti o da *convenzione* o da *delitto* (4). E siccome le convenzioni si distinguono in *patti e contratti* (5), e i patti si dividono in *nudi e non nudi* (6), così anticamente dai patti nudi non nasceva azione alcuna (7). Al presente gli uni accordano la condizione *ex stipulatu*, gli altri la condizione *ex lege*, altri la condizione *ex moribus* (8). Ma quando costì esserci azione, non fa mestieri che questa abbia un nome.

§. 1157. Il patto *non nudo* è o *legittimo* o *pretorio* o *aggiunto*. I patti legittimi vengono sostenuti dalla legge, i pretorii dal pretore (9). Dai patti legittimi nasce la condizione *ex lege* di cui abbiamo parlato (10). I patti aggiunti producono un'azione nascente dal contratto di buona fede di cui sono parti integranti (11).

§. 1158. I patti pretorii sono l'*ipoteca* il *costituto* e l'*atto di differire il giuramento* estragiudiziale e volontario (12). Dall'*ipoteca*, non essendoci tradizione della cosa, e producendo essa un diritto reale (13), nascono due azioni non personali, ma reali,

(1) V. il §. 461 di questi Elementi. (2) V. il §. 462, *ivi*.

(3) Vedete in n° 2° del §. 909 di questi Elementi.

(4) Vedete il §. 772, *ivi*. (5) Vedete i §. 779, *ivi*.

(6) Vedete il §. 777, *ivi*. (7) Rivede il citato §. 777.

(8) *Ubers, Praelect. ad digest. Leg. 2, tit. 19, §. 11; Schult. Exerc. 8, §. 3.*

(9) Vedete la nota 2ª del citato §. 777. (10) Nel §. 1155.

(11) *Leg. 7, §. 5, ff. de pact.; Leg. 69, ff. pro soc.; Leg. 79, ff. de contr. empt.; Leg. 4, ff. de leg. com.; Leg. 6, ff. de in diem add.* (12) Rivedete la nota 2ª del citato §. 777.

(13) Vedete la nota 2ª del §. 341.

cioè la *Serviana* e la *quasi-Serviana* o *ipotecaria* di cui abbiain trattato (1). Dal patto di costituito (a) nasce l'azione *de constituta pecunia*, la quale è personale, e compete al creditore contra colui che in virtù di patto promise di pagare il suo o l'altrui debito, e contra il di costui erede per farsi pagare ciò che fu promesso nel contratto (2).

§. 1159. Anticamente l'effetto dell'atto col quale deferivasi il giuramento volontario era lo stesso di quello del patto nudo (3). Ma in seguito il pretore lo fece valere coll' accordar l'azione *in factum ex jurejurando* a colui che prestava il giuramento deferito dal suo avversario, affermando essergli dovuta qualche cosa da colui che lo aveva deferito, ad oggetto di essergli pagato quel tanto che con giuramento aveva affermato andarglisi dovendo (4).

§. 1160. Seguono i contratti i quali sono o veri o quasi contratti (5). I veri sono o nominati o innominati (6) o reali o verbali o letterali o consensuali (7).

§. 1161. I contratti reali sono di quattro specie, cioè il *mutuo* il *comodato* il *deposito* il *pegno* (8). Dal mutuo nasce la *condizione della cosa certa* o l'azione *in forza del mutuo* (*condictio certi*, vel *actio certi ex mutuo*) (9). Dal comodato nasce l'azione *del comodato diretta e contraria* (10). Dal deposito,

(1) Nel §. 1138 e seguenti.

(a) Al presente colui che costituisce per un altro non differisce dal fidejussore, perchè tra il patto e la stipulazione non ci è, in quanto all' effetto, alcuna differenza. Nè sta più in uso l'azione *recettizia*, le quale si accorda al creditore contra il banchiere che costituisce per sè o per un altro, o contra il di costui erede, per obbligarlo a pagare una cosa fungibile o non fungibile che aveva promessa, *Teofil.* sul §. 8, *Inst. h. t.*; *Salmas. de mod. usur*, cap. 16. Imperocchè Giustiniano ha trasfuso questa azione in quella della pecunia costituita, *Leg. 2, Cod de const. pec.*

(2) §. 9, *Inst. h. t.* (3) *Leg. 35, §. 1, ff. de. jurejur.*

(4) §. 11, *Inst. h. t.* (5) Vedete il §. 778 di questi Elementi.

(6) Vedete il §. 779, *ivi.* (7) Vedete il §. 780, *ivi.*

(8) Vedete il §. 796, *ivi.* (9) Vedete il §. 803 e seguenti, *ivi.*

l'azione di *deposito diretta e contraria* (1); Dal *pegno*, l'azione di *pegno diretta e contraria* (2). Del *l'interdetto Salviano* e del *quasi-Salviano* ne tratteremo in seguito.

§. 1162. Dalle obbligazioni verbali nasce la *condizione della cosa certa e incerta in forza della stipulazione* (3). Dall'obbligazione scritta nasce la *condizione in virtù di chirografo* (4).

§. 1163. I contratti consensuali sono la *compra e vendita*, la *locazione-conduzione* e il *contratto enfiteutico*, la *società*, e finalmente il *mandato*. Dal primo nasce l'azione *empti et venditi*, (5), e dall'editto edilizio le azioni *redibitoria* e *quanti minoris* (6). Dal secondo nasce l'azione *locati-conducti* (7); dal contratto enfiteutico nasce l'azione *enfiteuticaria*, diretta da ambe le parti (8). Dal terzo nasce l'azione *pro socio* (9). Dal quarto finalmente deriva l'azione *mandati* diretta e contraria (10).

§. 1164: Abbiamo finora trattato de' contratti nominati. Da tutti i contratti innominati (11) risulta un'azione generale detta *in factum*, *vel praescriptis verbis* (12), perchè la sua formula speciale espone il fatto non col solo nome del contratto, ma nel modo e colle parole medesime colle quali ebbe luogo (13). Si fatta azione compete a colui che o diede o fece contra colui che promise o di dare o di fare, acciò questi adempia la promessa, o in mancanza paghi i danni-interessi (14). In questa medesima occasione si accorda la condizione per causa esistente, non seguita dal suo effetto (*condictio causa data, causa non sequuta.*) (15).

(1) V. il §. 814 e seg., *ivi.* (2) V. il §. 824, e seg., *ivi.*

(3) Vedete il §. 834, *ivi.* (4) Vedete il §. 894, *ivi.*

(5) Vedete il §. 912, e seguenti, *ivi.*

(6) V. la nota §. 913, *ivi.* (7) V. il §. 928, e seguenti, *ivi.*

(8) Vedete il §. 939 e seguenti, *ivi.*

(9) Vedete il §. 951, *ivi.* (10) Vedete il §. 952, *ivi.*

(11) V. il §. 779, *ivi.* (12) *Leg. 4, §. 1, seq. ff. de praescript. verb.*

(13) *Leg. 6, Cod. de transact.*

(14) *Leg. 5, §. 1, seq. ff. de praescript. verb.*

(15) Vedete il §. 992 di questi Elementi.

§. 1165. Seguono i quasi-contratti, i quali sono la gestione degli affari, da cui nasce l'azione di questo nome (*actio negotiorum gestorum*) (1). La tutela, donde nasce l'azione di tutela diretta e contraria (2). La comunione dell'eredità, per la quale si accorda l'azione della divisione dell'eredità (*actio familiae erciscundae*) (3). La comunione di una cosa particolare, che dà luogo all'azione di divisione (*actio communi dividundo*) (4), sebbene queste azioni sieno in certo modo miste (5): L'adizione personale in forza del testamento (6). Il pagamento della cosa non dovuta, la quale dà luogo alla condizione di questo nome (*condictio indebiti*) (7). E la ricezione degli effetti fatta dai marinai tavernari albergatori, donde risulta l'azione detta *in factum de recepto* (8). La cura de' funerali partorisce l'azione detta *funeraria*, la quale compete a colui che anticipò le spese pe' funerali di un altro (quando non avvì ancora erede che abbia accettato); compete pure all'erede dell'attore contra colui al quale appartiene la cosa, o contra il di costui erede, per lo privilegiato rimborso dalle spese fatte (9).

§. 1166. Seguono immediatamente i delitti (10): questi sono o veri o quasi delitti (11). I delitti veri sono o pubblici o privati o ordinarii o straordinarii (12). De' delitti pubblici tratteremo in seguito nel titolo XVIII; degli straordinarii se ne tratta nelle Pandette: qui ci occuperemo soltanto de' privati.

§. 1167. Tali sono il furto, d'onde deriva la condizione furtiva (13) e l'azione del furto (14); la rapina, da cui ha origine l'azione dei beni rapiti con violenza

(1) Vedete il §. 872, *ivi*. (2) Vedete il §. 976 e seguenti, *ivi*.

(3) Vedete il citato §. 982.

(4) Vedete il §. 983, *ivi*.

(5) Vedete il §. 1127, *ivi*.

(6) Vedete il §. 986, *ivi*.

(7) Vedete il §. 991 *ivi*.

(8) Vedete il §. 1121, *ivi*.

(9) L. 14, L. 15, *ff. de rel.*

(10) V. il §. 1156 *ivi*.

(11) V. il §. 1034, *ivi*.

(12) V. il §. 139 e seguenti, *ivi*.

(13) Vedete il §. 1063, *ivi*.

(14) Vedete il §. 1063, *ivi*.

e l'azione del furto (1); il danno ingiustamente arrecato, che dà luogo all'azione della legge Aquilia (2); e l'ingiuria da cui nasce l'azione pretoria delle ingiurie, e la persecuzione criminale (3); come altresì l'azione della legge Cornelia delle ingiurie (4).

1168. Dal delitto vero derivano inoltre: 1° l'azione per avere strappato gli affissi delle leggi (*actio de albo corrupto*), la quale si accorda a chiunque volesse intentarla contra colui che avesse dolosamente alterato l'affisso delle disposizioni pretorie, per far pagare al delinquente cinquanta aurei in beneficio dell'attore (5). 2° L'azione *in factum*, colla quale punivasi il dolo di colui che introito avesse un nuovo diritto iniquo, o l'avesse ottenuto in suo favore, acciò esso medesimo fosse soggetto allo stesso diritto (6). 3° L'azione penale *in factum* accordata all'attore o al convenuto contra l'avversario renitente ad ubbidire al magistrato, onde pagare il valor della cosa (7). 3° L'azione *in factum* contra colui che colla forza sottrasse la persona chiamata in giudizio, onde pagare i danni-interessi valutati dall'attore (8). 5° L'azione *in factum* contra colui che impedì l'attore di presentarsi in giudizio, onde pagare i danni-interessi (9).

§. 1169. Dal delitto vero nascono pure: 6° l'azione *in factum* contra i calunniatori, concessa al danneggiato con calunnia, e non al di costui erede (10), contra colui che ricevè danaro per fare o non far qualche cosa con calunnia: quest'azione nell'anno è *in quadruplum* e dopo l'anno in *simpulum* (11). 7° La condizione *ob turpem causam* di cui trattammo nel §. 992,

(1) Vedete il §. 1076, *ivi*.

(2) Vedete i §§. 1081, *ivi*.

(3) Vedete il §. 1002 e seguenti, *ivi*.

(4) Vedete il §. 1105, *ivi*.

(5) L. 7, pr. ff. de jurisdiction.

(6) Leg. 1, §. 1, ff. quod quisque jur.

(7) Leg. un ff. si quis jus dic. non obtemp.

(8) Leg. 5, §. 1, ff. ne quis eum qui in jus. voc.

(9) Leg. 3, pr. ff. de eo per quem fact. erit.

(10) Leg. 4, ff. de calumn. Vedete il n° 4° del §. 1037 di questi Elementi

(11) Leg. 1, pr. ff. cod.

quantunque possa farsi derivare da un'altra sorgente.
8° L'azione *in factum* contra il misuratore che per sè o per altri dichiarò una falsa misura, per i danni-interessi (1).

§. 1170. Dal delitto sorgono inoltre: 10° l'azione delle cose ammosse (2); 11° l'azione dei tutori sospetti (3), 12° l'azione contra coloro che ritardano di dare i conti (*de rationibus distrahendis*) (4) delle quali abbiain trattato.

§. 1171. Tali sono le azioni risultanti dai delitti veri. Da tutti i quasi-delitti deriva l'azione comune *in factum*, della quale abbiamo parimente ragionato (5).

§. 1172. È questa la prima divisione delle azioni (6). La seconda consiste nell'essere alcune *reali* (*rei persecutoriae*), colle quali revindichiamo ciò che manca al nostro patrimonio (7); altre *penali* tendenti a far applicare la pena comminata dalle leggi (8); altre *mixte* colle quali in parte invochiamo la pena fulminata dalle leggi, e in parte i danni-interessi (9).

§. 1173. Le *reali*, cioè quelle dirette a revindicare la cosa, sono: 1° tutte le azioni reali di cui trattammo ne' §§ 1128 a 1144; 2° le azioni nascenti da convenzioni, delle quali si trattò nel § 1146 e seguenti, tranne il *deposito miserabile* la cui azione si dà *in quadruplum* contra colui che lo nega con dolo (10); 3° la condizione *furtiva* (11), e l'azione delle cose ammosse (12).

§. 1174. La maggior parte delle azioni penali derivano da delitto, come l'azione di furto, l'azione de

(1) §. 23, *Inst. de action.* Vedete in quest'opera il §. 992.

(2) *Leg. 1, pr. Leg. 3, §. 1, Leg. 5, §. 1, ff. si mentor. fals. mod.* (3) Vedete in questi Elementi il §. 1044.

(4) Vedete il §. 303, *ivi.* (5) Vedete il §. 163, *ivi.*

(6) Vedete i §§. 1113, 1115, 1118 e 1122, *ivi.*

(7) Vedete il §. 1127, *ivi.* (8) *Leg. 35, pr. ff. de obl. et act.*

(9) *Leg. 7, ff. de serv. export.* (10) §. 11, *Inst. h. t.*

(11) §. 17, *Inst. h. t.* Vedete in quest'opera il §. 812.

(12) Vedete il §. 1072 *ivi.*

(13) *Leg. 7, §. 2, ff. de cond. furt;* *Leg. 25, §. 2, ff. de rer. amot.* Vedete in questi Elementi il §. 1044.

albo corrupto e altre simili (1); le azioni *miste*, come l'azione di rapina (*vi bonorum raptorum*) (2), l'azione *ex lege Aquilia* (3), l'azione de' *legati lasciati* o a' luoghi pii o alle chiese, la quale si accorda in *duplum* contra l'erede moroso, o che nega (4).

§. 1175. In terzo luogo vengono le azioni in *simpulum*, in *duplum*, in *tripulum*, in *quadruplum* (5).

§. 1176. Agiscono in *simpulum* tutti coloro che vogliono revindicar soltanto la cosa; e perciò tutte le azioni *rei persecutoriae* (6) penali si danno in *simpulum* (7); del pari che 2° talune azioni *penali e miste* dopo scorso l'anno, come pure 3° l'azione contra i *calunniatori* (8), 4° l'azione di rapina (9).

§. 1177. Certe azioni son concepite in *duplum* dal primo istante, come 5° quella di *furto non manifesto* (10); quella del *servo sedotto* (11); certe altre crescono *ex post facto*, o negando, come 7° quella della *legge Aquilia* (12), del *deposito miserabile* (13) o per essersi negato e ritardato il pagamento, come 8° l'azione de' *legati lasciati ai luoghi pii e alle Chiese* (14).

§. 1178. L'azione in *tripulum* si dava contra colui che nel suo atto di citazione (*in libello conventionis*) avesse compreso una quantità maggiore di quella che gli era dovuta a titolo di spese della citazione (15) (a).

1179. Similmente, certe azioni, dal momento in cui vengono istituite sono in *quadruplum*, come quella di *furto manifesto* (16), quella in conseguenza del fatto

(1) §. 18, *Instit. eod.* (2) V. in quest'opora il §. 1076 e seg.

(3) Vedete il §. 1087, *ivi.* (4) §. 19, *Instit. h. tit.*

(5) §. 21, *Instit. h. tit.* (6) V. in questi Elementi il §. 1173.

(7) §. 22, *Instit. h. tit.* (8) V. il §. 1169 di questi Elementi.

(9) Vedete il §. 106, *ivi.* (10) Vedete il §. 1058, *ivi.*

(11) Vedete il §. 1169, *ivi.* (12) Vedete il §. 1113, *ivi.*

(13) Vedete il §. 812, *ivi.*

(14) §. 26 *Inst. h. tit.* Vedete il §. 1174.

(15) §. 24, *Instit. h. tit.*

(a) Solevano gli uscieri esigere le sportule in proporzione della quantità espressa nella dimanda; e se la somma ascendeva a cento aurei, esigevano mezzo aureo. *Teofilo*, lib. 1, §. 24, *Inst. h. t.*

(16) Vedete il §. 1058 di questi Elementi.

de' calunniatori (1), quella de' beni rapiti con violenza (2), e la condizione che davasi contra gli uscieri, i quali avessero esatto per i loro emolumenti (*sportularum nomine*) una somma maggiore di quella prescritta nella tariffa (3): la sola azione *quod metus causa* accordavasi fin dal principio *in simplum*: e se il convenuto non restituiva la cosa come aveva ordinato il giudice, l'azione era *in quadruplum* (4).

§. 1180. Oggi che le nostre consuetudini non più permettono che la pena pecuniaria sia applicata a' particolari, queste azioni *in duplum*, *in triplum*, *in quadruplum* non sono riconosciute.

§. 1181. In quarto luogo alcune azioni sono di buona fede, altre di stretto dritto, altre finalmente arbitrarie (5). Per meglio intendere si fatta divisione, uopo è sapere che ordinariamente le sole cose che si fanno *in dritto* e che precedono la contestazione in causa, avevano luogo innanzi al pretore e al magistrato; che il resto era delegato a giudici e agli arbitri (6) incaricati di prender conoscenza del fatto, e di emettere la loro sentenza giusta la formola prescritta dal magistrato (7).

§. 1182. E poichè certi dati affari erano talmente di stretto dritto che nulla aggiudicar potevasi al di là di ciò che era convenuto, altri richiedevano di lor natura che il giudice ne manifestasse la sua equità; così nel primo caso il pretore destinava un giudice colla seguente formola: *se apparisca che Tizio sia debitore di cento in forza di stipulazione, condannalo a pagar cento*. In questo caso il giudice pedaneo non poteva aggiudicare nè gl'interessi, nè verun'altra cosa, poichè trovavasi legato dalla indicata formola del pre-

(1) Vedete il n° 6° del §. 1169, *ivi*.

(2) Vedete il §. 1076, *ivi*.

(3) 25, *Inst. h. tit.*

(4) §. 27, *Inst. h. tit.*; *Leg. 14, §. 1, quod met. caus.* Vedete in quest'opera il §. 1151.

(5) §. 28, 31, *Inst. h. tit.*

(6) *Leg. 16, pr. ff. de re judic.*

(7) Gerardo Noodt, *de jurisdict. lib. 1, cap. 8.*

tore. I litiganti, al dir di Cicerone (1), venivano al tribunale del giudice per perdere o guadagnare intieramente le loro cause, le quali aringate secondo la indicata formula diceansi di *stretto diritto*.

§. 1183. Al contrario, sugli affari che sembravano dover essere più tosto regolati dalla equità, il pretore non indicava nella sua formula una somma determinata, ma in forza de' contratti consensuali destinava un arbitro in tal modo: *se apparisca che Tizio sia debitore di Mevio in virtù di locazione, condannatelo a quel tanto che la buona fede esige*. Nelle azioni nate dal contratto *fiduciae*, in luogo di quelle parole della formula *a quel tanto che la buona fede esige*, si adoperavano queste altre: *siccome tra persone oneste fa d'uopo onestamente agire*. Nell'azione per ridomandare ciò che appartiene alla moglie (*rei uxoriae*), s'impiegavano le seguenti parole: *a norma del più giusto e ottimo* (2). Dunque qui gli interessi per la mora, i frutti, e tutto ciò che sembrava giusto, poteva essere aggiudicato dall'arbitro (3). Tutte queste azioni dicevansi di buona fede (4) (a).

§. 1184. Delle volte il pretore destinava un giudice arbitro con facoltà di valutar quel tanto che dovevasi restituire; e se il convenuto non obbediva, eravi luogo a deferire il giuramento in causa, o pure l'arbitro lo condannava a una prestazione più considerevole: in tal caso il giudice arbitro si dava con questa formula: *Se ti sembra aver Tizio estorto metus causa qualche cosa a Mevio, allora valuta quanto fa d'uopo che Tizio dia a Mevio, e qualora non adempia giusta il suo parere, condannato al qua-*

(1) Cicerone, *pro Q. Rosc. cap. 4*; Senec, *de benef. lib. 3, cap. 7*.

(2) *Quantum aequius melius*, Cicer *de off. lib. 3, cap. 8*.

(3) Cicer. *Orat. pro Q. Rosc.*; Seneca, *de Benef. lib. 3, cap. 7*.

(4) §. 30, *Inst. h. t.*

(a) Perciò qui la buona fede non è opposta al dolo, come nella *Leg. 59, §. 1. ff. mand.* ma bensì al dritto stretto: quindi ciò indica semplicemente il potere di giudicare con maggior libertà e latitudine, §, 30, *Inst. h. t.*

druplo. Ovvero: se ti sembra che Tizio abbia la veste di Mevio, e non la esibisca in quel modo che avrai giudicato, condannalo a pagar quanto Mevio avrà asserito con giuramento in causa (1). Queste azioni chiamavansi arbitrarie (2).

§. 1185. Quindi le azioni di buona fede possono esattamente definirsi quelle nelle quali è permesso al giudice (anticamente all'arbitro) di arbitrariamente valutare secondo l'equità ciò che l'uno far dee per l'altro (3): per le azioni di stretto diritto, quelle nelle quali la potestà del giudice è al presente circoscritta dalla convenzione delle parti (anticamente dalla formula) (4): le azioni arbitrarie, quelle nelle quali il giudice (anticamente l'arbitro) può valutare secondo l'equità ciò che dee esser fatto o dato, e se le parti non si uniformano all'arbitrato, può la condanna essere aumentata (5).

§. 1186. Le azioni di buona fede derivano: 1° dai contratti consensuali (6); tali sono l'azione di vendita di locazione di enfiteusi di società di mandato; 2° da' contratti reali, come l'azione di comodato di deposito di pegno; 3° da' contratti inuominati, come l'azione determinata *praescriptis verbis*, derivante dalla permuta, dall'azione estimatoria; 4° da' quasi contratti, come l'azione della gestione de' negozi, la funeraria, quella di tutela; e due azioni miste, l'azione di divisione dell'eredità (*familiae erciscundae*) e delle cose comuni (*communi dividundo*); e 5° fra le azioni reali la sola petizione di eredità per esser di natura mista (7).

§. 1187. Le azioni di stretto diritto sono la condizione della cosa certa per causa di mutuo (*condictio certi ex mutuo*); l'azione di stipulazione (*actio*

(1) *Sig. de judic. Rom. lib. 1, cap. 24,*

(2) §. 31, *Inst. h. t.* (3) §. 30, *Inst. h. tit.*

(4) *Leg. 99, ff. de verb. obl.* (5) §. 31, *Inst. h. tit.*

(6) §. 3, *Inst. de obl. ex consens.*

(7) §. 28, *Inst. h. t.* Vedete la nota del §. 1127, di questi Elementi.

ex stipulatu); la *condizione in forza di chirografo* (*condictio ex chirographo*); la *condizione della cosa non dovuta* (*condictio inebiti*); e l'*azione in virtù di testamento* (*actio ex testamento*) le quali sembrano in certa guisa essere ambigue di lor natura (1): sono finalmente azioni di *stretto diritto* tutte le altre che non sono nè di buona fede nè arbitrarie.

§. 1188. Sono arbitrarie: 1° tutte le *azioni reali*, di cui abbiamo parlato (2), tranne la *petizione di eredità* (3); 2° l'*azione quod metus causa*; 3° l'*azione del dolo*; 4° l'*azione ad exhibendum* (4) 5° l'*azione di ciò che dee esser dato in un certo luogo*; 6° l'*azione redibitoria*; 7° l'*azione de' confini* (*finium regundorum*) (5); 8° l'*azioni Pauliana* (6); 9° le *azioni Faviana e Calvisiana* accordate al patrono e a' suoi eredi, contra qualunque possessore e suoi eredi, onde ricuperare in tutto o in parte le cose in frode del patrono alienate (7); 10° l'*azione delle cose ammosse* (8).

§. 1189. L'*azione della stipulazione della dote* è di una natura particolare. Imperocchè, siccome prima la donna per ripetere la sua dote aveva l'*azione rei uxoriae*, la quale era di buona fede, (9), così Giustiniano la trasformò in azione *ex stipulatu*, accordando a questa tutte le proprietà dell'*azione antica*. Da ciò avviene: 1° che essa sia di *buona fede* contra la natura dell'*azione ex stipulatu*; 2° che competa alla moglie, quantunque non avesse avuto luogo veruna stipulazione; 3° che la donna abbia pure una

(1) *Leg. 5, ff. de eo, quod certo loco*; e si aggiunga la *Leg. 87, §. 1, ff. de legat. 2.*

(2) Vedete in quest'opera il §. 1188 e seguenti.

(3) Vedete il §. 1186, *ivi*. (4) §. 31, *Inst. h. tit.*

(5) *Leg. 4, §. 2, 3, Leg. 7, ff. fin. reg.*; e si aggiunga la *Leg. 22, ff. dei rei vind.*

(6) *Arg. Leg. 8, Leg. 10, §. 20, ff. quae in fraud. credit.*

(7) *Leg. 1, §. 11, 12, 26, ult. ff. quae in fraud. patr.*

(8) *Leg. 8, §. 1, ff. de act. rer. amot.* Vedete il §. 1044.

(9) Vedete il §. 1183, *ivi*,

tacita ipoteca sui beni del marito, e il privilegio di essere preferita su tutti i di costui creditori (1).

§. 1190. Del resto, ci è gran differenza fra le *azioni di buona fede* e quelle di *stretto diritto*: 1° ne' contratti di buona fede la compensazione si operava *ipso jure*; in quelli di stretto diritto aveva luogo sol quando si opponeva l'eccezione del dolo; il che è stato pur cangiato col nuovo diritto (2): 2° nelle prime il timore e il dolo rendono nullo il contratto; nelle ultime per operare la rescissione del contratto, bisogna provvedersi o con azione o con eccezione (3): 3° nelle prime i frutti son dovuti a contare dal giorno della mora; nelle ultime, allorchè ridomandiamo ciò che ci appartiene, i frutti decorrono dal momento in cui il convenuto ritiene la cosa: negli altri casi poi decorrono dalla introduzione del giudizio (*a litis contestatione*) (4): 4° nelle prime gl'interessi sono dovuti non solamente in forza di stipulazione, ma altresì in forza di semplice convenzione, anzi per effetto della mora, quando anche non sieno promessi: nelle ultime in virtù della sola stipulazione (5): 5° nelle prime i patti aggiunti nell'istante del contratto producono azione derivante dal contratto di buona fede; nelle ultime non ne producono (6).

§. 1191. Nel loro effetto le azioni *arbitrarie* non differiscono meno dalle azioni di *buona fede* e da quelle di *stretto diritto*. 1° Per queste la condanna si fa puramente e semplicemente; per le altre si fa se il convenuto *non obbedisca all'arbitrato del giudice* (7). 2° Per le azioni di *stretto diritto* la condanna si fa a norma della convenzione delle parti;

(1) *Leg. un. Cod. de rei. ux. act.* §. 29., *Inst. h. tit.*

(2) §. 30, *Inst. h. t.*; *Leg. ult. ff. de compens.*

(3) *Leg. 9, §. 8, Leg. 12, Leg. 14, §. 7, ff. quod met. caus.*; *Leg. 7, pr. et §. 3, de dolo malo.*

(4) *Leg. 35, Leg. 38 §. 7, ff. de usur.*

(5) *Leg. 1, et Leg. 3, Cod. Leg. 32, §. 2, Leg. 34, seq. ff. de usur.* (6) *Leg. 7, §. 5, ff. de pact.*

(7) *Teofilo, nel §. 31, Inst. h. t.*

per le altre vien rimessa all'arbitrio del giudice (1).

§. 1192. Sebbene nelle azioni di *buona fede* e nelle arbitramentali siasi accordata immensa facoltà all'arbitrio del giudice, pure bisogna essere accorto a esprimere, se sia possibile, nella dimanda una somma certa, e far sì che il giudice determini colla sua sentenza o una somma o una cosa fissa, anche quando la dimanda contenesse una cosa indeterminata (2) (a).

§. 1193. Non è dunque permesso chiedere più di ciò che ci va dovuto, benchè colui che dimandi meno non corra alcun rischio, poichè colla stessa sentenza il convenuto può esser condannato a pagare il supplemento, in virtù della costituzione dell'Imperador Zenone (3). E colui che per errore abbia dimandato una cosa per un'altra, può correggere la sua dimanda, fino alla sentenza definitiva (4).

§. 1184. La *plus-petizione* si fa o colla *cosa*, qualora si chiegga o una somma o parte di una cosa, maggiore di quella che ci va dovuta; o col *tempo*, qualora si chiegga o prima del tempo o prima di avverarsi la condizione; o col *luogo*, qualora taluno chiegga in un luogo quel tanto che in forza di stipulazione avrebbe dovuto riscuotere in un altro; o colla *causa*, allorchè si chiegga semplicemente ciò che è dovuto a scelta del promettente, o pure allorchè si dimandi la specie quando fu promesso il genere (5).

§. 1195. Anticamente la *plus-petizione* importava decadenza dall'azione (6), e l'attore non era resti-

(1) §. 31, *Inst. h. tit.* (2) §. *Inst. h. t.*

(a) Imperocchè l'attore non può nel suo atto di citazione precisare una cosa determinata, se l'azione sia alternativa di sua natura, *Leg. 75, §. 7, ff. de verb. obl.* o se il giudizio sia universale, per esempio se si dimandi una eredità, *Leg. 7, ff. si pars her. pet. ex Leg. 2, Cod. de resc. vend.*, e se si dimandi la rescissione, quantunque il convenuto abbia la scelta di lasciar rescindere il contratto, o di soddisfare la plus-valenza.

(3) §. 34, *Instit. h. t.*

(4) *Leg. 4, §. fin. ff. de nox. act.*; *Leg. 4, et Leg. 41, ff. de pet. hered.*; *Leg. 3, Cod. de edend.*; *Leg. 69, ff. de judic.*

(5) §. 33, *Inst. h. tit.*

(6) *Plauto, Mostell. act. 3, scen. 1, v. 122.*

tuito in intiero, tranne se fosse minore, o se il pretore ci si determinasse per giuste cause (1). In seguito colla costituzione di Zenone fu stabilito, che se si chiedesse *più* rispetto al tempo, questo dovesse accordarsi in doppio al convenuto, e l'attore condannarsi alle spese (2): e colla costituzione di Giustiniano se dimandava più, rispetto alla cosa o alla causa, come sarebbe per esempio l'essersi richiesta una malleveria per una somma più considerevole di quella dovuta, si si soggiaceva al pagamento del triplo del danno cagionato all'avversario (3). Infine, rispetto alla *plus-petizione*, relativamente al *luogo*, il dritto accorda la condizione di ciò che dee esser pagato in un dato luogo, onde il giudice determini quel che l'uno debbe all'altro, avuto riguardo all'interesse risultante dal pagamento fatto in un luogo piuttosto che in un altro (4).

§. 1196. Presentemente in Germania non si conosce differenza tra le azioni di buona fede e quelle di stretto diritto.

§. 1197. Segue la quinta divisione delle azioni, in azioni per la *totalità*, e in azioni soltanto per *una parte*. Ordinariamente le azioni s'intentano per la totalità del debito. Si chiede meno della totalità: 1° coll'azione del *peculio* (di cui parleremo nel titolo seguente §. 1219), fino alla sola concorrenza di ciò che è contenuto nel *peculio* (5).

§. 1198. Si ottiene meno della totalità, 2° quando alla dimanda si oppone la compensazione, la quale diminuisce la somma richiesta fino alla concorrente quantità (6).

§. 1199. Finalmente si domanda meno della totalità 3° rispetto al *beneficio di competenza*, il quale è un

(1) *dict.* §. 33, *Instit. h. tit.*

(2) §. 10, *Inst. de except. Leg. 12, Cod. de plus petit.*

(3) §. 33, *Instit. h. tit.*

(4) *Leg. 1. Leg. 8, ff. de eo quod cert. loc.*

(5) §. 35, *Instit. h. tit.*

(6) §. *pen. Instit. h. tit.* V. il n° 5° del §. 1005.

diritto singolare accordato a certe date persone per causa di parentela e di affinità, dello stato militare, di un beneficio o di un calamitoso accidente, ad oggetto di non poter da essi esigere più di ciò le loro facoltà permettono (1). Dal che risulta esser personale sì fatto privilegio, perchè non giova nè agli eredi nè ai fidejussori (2).

§. 1200. Questo beneficio a causa di parentela e di affinità compete 1° ai genitori (3), 2° ai patroni (4). 3° a' fratelli (5), 4° ai socii per essere anche questi considerati come fratelli (6), 5° ai consorti (7) 6° a' suoceri durante l'affinità (8).

§. 1201. Per la milizia il beneficio in quistione si accorda 7° ai militari (9). Invano i dottori cercano di estenderlo a' nobili ai chierici agli avvocati a' professori scolastici (10).

§. 1202. Per beneficio compete 8° a' donanti, i quali non possono esser convenuti da' donatarii se non dedotti i debiti (11).

§. 1203. Finalmente per causa di un avvenimento calamitoso, compete 9° ai figli emancipati, e a coloro che si astennero dal raccogliere l'eredità paterna (12); e 10° a coloro che fecero cessione de' loro beni (13).

(1) §. 37, *Instit. h. t.*; *Leg. 29, Leg. 30, ff. de rer. jud. Leg. 173, ff. de reg. jur.*

(2) *Leg. 24, seq. ff. de re jud.*; *Leg. 63, §. 1, ff. pro soc.*

(3) §. 38, *Instit. L. t.*

(4) *Leg. 16, Leg. 17, ff. de re jud.*

(5) Vedete il §. 942, di questi Elementi.

(6) *Leg. 16, ff. de re jud.*; *Leg. 63, ff. pro soc. §. 37, Inst. h. tit.* (7) *Leg. 17, Leg. 26, ff. de re jud.*

(8) *Leg. 21, Leg. 22 pr. ff. eod.*; *Leg. pen. ff. de jur. dot.*

(9) *Leg. 6, Leg. 18, ff. de re jud.*

(10) *Richt. decis. 24, §. 2.*

(11) *Leg. 30 ff. de re jud.*; *Leg. 28, ff. de reg. jur.*

(12) *Leg. 49, ff. quod cum eo qui in al. pot.*

(13) §. 40, *Inst. h. t.*; *Leg. 4, ff. de cess. bon.*

Delle operazioni che si pretendono fatte con chi è soggetto all'altrui potestà.

SOMMARIO.

§. 1204 Sesta divisione delle azioni -- 1205 Quelle che nascono dal fatto altrui -- 1206 Obbligo de' padri o de' patroni per lo stato de' figli di famiglia e de' servi -- 1207 Da chi emana il *jussum* -- 1208 Azione *quod jussu* -- 1209 Azioni *esercitorie* e *istitorie*: chi è l'*esercitore*, il *capitano*, l'*istitore* -- 1210 Qualità dell'azione *esercitoria*: a chi è concessa -- 1211 Qualità dell'azione *istitoria*: a chi compete -- 1212 Prima osservazione su queste azioni -- 1213 Seconda osservazione sulle medesime -- 1214 Estensione di queste azioni per diritto nuovo -- 1215 Uso del foro relativamente alle azioni di cui è parola -- 1216 Azione *tributoria*: in che consiste: a chi compete -- 1217 Azione de' creditori, nel caso in cui o il padre o il patrono avesse fatta fraudolenta distribuzione -- 1218 Ragione per la quale l'azione *tributoria* oggi è rare volte in uso -- 1219 Azione *de peculio* -- 1220 Uso odierno di questa azione -- 1221 Azione *de in rem verso*: a chi compete: da chi veniva concessa -- 1222 a 1227 Spozizione del Senato-consulto Macedoniano.

§. 1204. Finora abbiamo trattato delle cinque divisioni di azioni: segue ora la sesta divisione delle cui specie alcune derivano dal *nostro fatto proprio*, altre derivano dal *fatto altrui*, come dal fatto de' nostri figli di famiglia, de' nostri servi o de' nostri animali. Le due prime sono di *qualità adjettizia*, e sono come il genere contenente parecchie specie. Sicchè l'azione nascente da comando (*quod jussu*) è un genere, poichè si ha la *condizione della cosa certa per effetto del comando* (*condictio certi quod jussu*), l'azione di compra per effetto del comando (*actio empti quod jussu*), la *condizione di stipulazione per effetto del comando* (*condictio ex stipulatu quod jussu*) etc.

§. 1205. Tali sono le azioni nascenti non dal fatto nostro, ma dal fatto altrui. Imperocchè sebbene niuno possa stipulare o promettere per un altro (1), e che perciò dal fatto altrui non possa scaturire nè azione nè obbligazione nè proprietà, pure rispetto a' figli

(1) Vedete i numeri 12 e 13, del §. 833 di questi Elementi, *Ein. T. II.*

di famiglia e a' servi la cosa è diversa, per ragione dell' unità della persona che forma il vincolo della potestà (1).

§. 1206. Quindi il padre e il patrono sono obbligati per lo fatto lecito del figlio di famiglia e del servo, fatto pel quale può lo stesso figlio esser solidalmente convenuto, (2), ma però in virtù di contratto (3): o perchè 1° abbia dato l'ordine (*jussum*), o 2° per averlo preposto alla gestione di un affare, o 3° avendo un peculio, o 4° per essere la cosa tornata in vantaggio di colui che ha la potestà. Dalla prima causa deriva l'azione *quod jussu*; dalla seconda, l'*esercitoria* e l'*institoria*; dalla terza, l'azione *tributoria* e di *peculio*: dalla quarta, quella della *cosa tornata in vantaggio* (in rem verso) (4).

§. 1207. L'ordine (*jussum*) emana propriamente o da' padri o da' patroni (5). I primi sembrano aver dato il comando o con testamento o in iscritto o verbalmente o per un espresso (*vel testamento, vel per epistolam, vel verbis, vel per nuncium*), o per aver generalmente o specialmente ordinato, mandato, o ratificato in un medesimo contratto (6).

§. 1218. In conseguenza di ciò il pretore accorda l'azione in virtù di comando di qualità adiettitia (*quod jussu adjectitiae qualitatis*) (7), a colui col quale o il figlio o il servo ha contrattato per ordine o del padre o del patrono: quale azione compete per l'intero o contra il padre o contra il patrono (8), sebbene per diritto nuovo si possa direttamente e civilmente intentar l'azione contra quel padre o quel patrono che abbia dato il comando in forza del contratto effettuato per ordine suo (9).

(1) Vedete il §. 469 e seguenti, *ivi*.

(2) *Leg. 4, §. 2, ff. quod cum eo qui in alien. potest. est. neg. gest. esse dic.* (3) *L. 1, ff. eod.*; *L. 39, ff. de obl. et act.*

(4) *Dict. Leg. 1, ff. h. tit.*

(5) Vedete in quest'opera il n° 9, del §. 954.

(6) *Leg. 1, §. 1, 3, 4, et 6, ff. quod jussu.*

(7) Vedete in quest'opera il §. 1204.

(8) §. 1, *Inst. h. t.*

(9) §. ult. *Inst. h. t.*

§. 1209. In seguito per l'interesse del commercio furono immaginate le azioni *esercitorie* e *institorie*. L'*esercitore* è colui che ritrae dal vascello il profitto giornaliero, o che ne sia il proprietario o che lo abbia noleggiato (1). Colui che è stato preposto dall'*esercitore* o dal padrone del vascello per averne cura chiamasi *capitano* (*magister navis*), o che sia libero, o servo di proprietà del padrone del legno o di altri (2). Finalmente l'*institore* è quello che vien preposto a un magazzino per le compre e vendite, qualunque sia la sua età e la sua condizione (3).

§. 1210. L'azione *esercitoria* è dunque di qualità adjettizia (4), e il pretore l'accorda a colui che ha contrattato col capitano del vascello, ma non con un impiegato subalterno (5), per gli oggetti rispetto ai quali fu preposto al legno (6), e al di costui erede, contra l'*esercitore* e di costui erede, o contra più *esercitori* solidalmente (7), per far adempiere l'obbligazione nascente dal contratto (8).

§. 1211. L'azione *institoria* è anche di qualità adjettizia (9): essa compete a colui che ha contrattato coll'*institore* per gli oggetti affidatigli (10) e al di costui erede, o contra molti che lo preposero, e anche solidalmente (11), per ottenere ciò che è dovuto in virtù del contratto (12).

§. 1212. Su queste azioni fa d'uopo altresì osservare: 1° che i capitani e gl'*institori* o commessi possano anch'essi essere direttamente astretti in forza del loro contratto finchè sono preposti, ma non già quando le loro funzioni sono cessate (13), purchè però non

(1) §. 2, *Inst. h. t.*; *Leg. 1*, §. 15, *ff. de exerc. act.*

(2) *Leg. 1*, §. 1, 3, 4 et 5, *ff. eod.*; §. 2, *Inst. h. t.*

(3) *L. 18*, *ff. de inst. act.* (4) V. il §. 1204.

(5) *Leg. 1*, §. 2, *ff. eod.*

(6) *Leg. 1*, §. 8, 9, et 12, *ff. de exerc. act.*

(7) *L. 1*, §. ult. *L. 2*, *L. 3*, *ff. eod.* (8) §. 2 *Inst. h. t.*

(9) Rivedete il più volte citato §. 1204.

(10) *Leg. 5*, §. 11, *seq. ff. Leg. 3*, *Cod. de inst. act.*

(11) *Leg. 13*, §. ult. *ff. eod.* (12) §. 2, *Inst. h. t.*

(13) *L. ult. ff. de inst. act.*

sieno specialmente obbligati per i loro principali (1) o non abbiano falsamente assunta la qualità di esercitori o quella d'institori (2).

§. 1213. 2° Bisogna osservare che colui il quale ha contrattato o coll'institore o col capitano può dirigere la sua azione e contra il padrone del magazzino e contra l'esercitore; ma che questi non possano agire contra coloro che han contrattato o coll'institore o col capitano, purchè non possano altrimenti conservare ciò che è loro dovuto (3). Sicchè agiscono piuttosto contra l'institore o contra il capitano in virtù del nolo o del mandato, se questi sieno uomini liberi.

§. 1214 Per diritto nuovo può anche direttamente agirsi o contra l'esercitore o contra il proprietario del magazzino (4).

§. 1215. Col presente uso del foro, almeno nel Belgio, l'azione o contra più esercitori della stessa nave o contra più proprietari dello stesso magazzino non è più solidale (5).

§. 1216. L'azione *tributoria* chiamasi con questo nome dal verbo *tribuere*, che qui dinota lo stesso che *distribuire*; imperocchè se il figlio di famiglia o il servo abbia fatto un negozio senza che il padre o il patrono l'avesse saputo, era permesso a questi ultimi di distribuire *pro rata* le mercanzie spettanti o al figlio di famiglia o al servo, qualora i di costoro creditori pretendevano ciò che ad essi era dovuto.

§. 1317. Che se o il padre o il patrono avessero fatta ineguale o fraudolenta distribuzione, il pretore accordava a' creditori l'azione *tributoria* di qualità addittiva (6), contra il padre o il patrono che distribuivano malamente, o non distribuivano affatto, e con-

(1) L. 67, ff. de proc.

(2) Sand. lib. 3, tit. 7, def. 1.

(3) L. 1, L. 2, ff. de inst. act.; L. 1, §. 18, ff. de exerc. act.

(4) §. ult. Inst. h. t. Vedete in questo Titolo il §. 1211.

(5) Grozio, lib. 2, de jur. bell. et pac. cap. 11, §. 13; Pinnio, ad Leg. 4; ff. h. t.; Struvio, Exerc. 20, §. 20.

(6) Vedete in quest'opera il §. 1204.

tra i di costoro eredi (1) (a), acciò le mercanzie del peculio fossero distribuite *pro rata* (2).

§. 1218. Or siccome al presente non facciamo uso di servi per lo traffico delle mercanzie del peculio, e la maggior parte de' figli di famiglia che esercitano la mercatura non è soggetta alla patria potestà, si vede chiaro che questa azione non ha oggetto, e perciò rare volte ha luogo.

§. 1218. L'azione di *peculio* è quasi dell' istessa natura. Cosa s'intenda per peculio e quante sieno le diverse specie di esso, già lo spiegammo nel §. 473 e seguenti. Che se taluno avesse contrattato o con un figlio di famiglia o con un servo, non accordavasi veruna azione contra il padre o contra il patrono i quali non avessero dato alcun ordine, purchè o il figlio o il servo non avessero un peculio profettizio (b). In quest' ultimo caso però il pretore accordava l'azione di qualità adjettiva, detta azione di *peculio*, a coloro che avevano contrattato o col servo o col figlio di famiglia contra il patrono o il padre di famiglia, acciò avessero pagato fino all'ammontare (3), deducendone prima quel tanto che era dovuto o al patrono o al padre, e ai fratelli soggetti alla medesima potestà (4).

§. 1220. Questa azione, relativamente a' contratti

(1) *Leg. 7, §. ult. Leg. 8, Leg. 9, ff. de tribut. act.*

(a) Imperocchè sebbene quest'azione si accordi essendoci dolo, pure non è azione di dolo *Leg. 8, ff. de tribut. act.* Questo importa che quantunque si fatta azione possa da' creditori intentarsi sol quando per dolo il contributo non siasi fatto *pro rata*, pure s'istituisce ad oggetto di conseguir la cosa, e non già per la punizione del dolo: ecco altresì la ragione per cui l'azione suddetta può contra l'erede legittimamente istituirsi.

(2) §. 3 *Inst., h. t.*

(b) Del peculio castrense e del quasi castrense il figlio di famiglia è obbligato come fosse padre di famiglia (§. 478, 1^o) *Leg. 18, ff. de castr. pec.* Rispetto al peculio avventizio, il padre può essere astretto non coll'azione di peculio, ma come legittimo amministratore de' beni di suo figlio (§. 480) *Leg. 6 et Leg. ult. Cod. de bon. quae l.b.*

(3) §. 4. *Inst. h. tit.*; §. 10, *Instit. de act.*

(4) *Leg. 9, §. 2, et 3, Leg. 6. pr. ff. de pecul.*

de'servi, al presente non è di alcun uso. In quanto a' figli di famiglia, non è tanto in costume dar loro il peculio profettizio, e qualora lo si dia, la patria potestà ordinariamente si viene a sciogliere. Allorchè però il padre di famiglia dà loro un peculio per negoziare, opinerei che si potesse intentar l'azione di *peculio*.

§. 1221. Segue finalmente l'azione di *cosa convertita in profitto* (*actio de in rem verso*) anche di qualità adjettiva. Riguardasi come convertita in profitto o del padre o del patrono tutto ciò che è stato necessariamente o utilmente speso o dal figlio o dal servo, e che ha aumentato il patrimonio o del padre o del patrono (1).

§. 1222. E siccome l'arricchirsi a spese altrui è cosa contraria all'equità (2), così il pretore accorda a coloro che han contrattato o col figlio di famiglia o col servo l'azione *de in rem verso* contra il padre o il patrono, in proporzione di ciò che sia tornato in di loro profitto (3).

§. 1223. Da ciò che finora si è detto risulta esser lo stesso aver contrattato col figlio di famiglia o col servo; ma rispetto al figlio di famiglia fu introdotto un diritto particolare in forza del senato-consulto Macedoniano. Imperocchè, siccome Macedonio, tra gli altri mezzi criminosi che il suo carattere gli suggeriva, avea impiegato il *mutuo del danaro*, il quale dato sovente a firme mal sicure (4), fomentava la depravazione de' costumi, così sotto il regno di Claudio (5) (a)

(1) Leg. 3, §. 1, 2, et seq. ff. *de in rem verso*.

(2) Vedete il n° 2° del §. 967 di questi Elementi.

(3) §. 4. *Instit. h. tit.*; Leg. 1, pr. §. 4, ff. *de in rem verso*.

(4) Orazio lib. 2 epist. 1^o v. 105.

(5) Tacito lib. 11, *Annal. cap.* 12.

(a) Chiamavasi Macedonio, il figlio di famiglia mutuatario, o il malvaggio usuraio? In qual tempo ebbe luogo questo Senato-Consulto? Queste discussioni si agitano nelle *pandette*, part. 3, §. 168 e seguenti, come pure nella *storia del diritto*, lib. 1, §. 219. Quasi generalmente si vuole che Macedonio fosse stato un celebre usuraio: Teofilo però, in *Paraphr.* §. 7, *Inst. h. t.* opina che Macedonio fosse un figlio di famiglia che ne provocò la emissione.

il senato statui, che *chi avesse dato danaro a mutuo a un figlio di famiglia non potesse istituire alcuna azione, alcuna dimanda, neppure dopo la morte del padre sotto la cui potestà il mutuatario trovavasi; acciò coloro che con tale usura dessero un così pessimo esempio, sappiano, che anche dopo la morte del padre di famiglia i titoli contra i figli non sarebbero già mai validi* (*).

§. 1224. Dal che risultano i seguenti assiomi: 1° Questo senato-consulto fu fatto non tanto in favore dei figli di famiglia che prendono danaro a mutuo, quanto in favor del padre e in odio delle usure; 2° questo senato-consulto dà eccezione e non già azione; 3° esso è soltanto applicabile al danaro dato in mutuo in danno

Il figlio di famiglia di cui questo usuraio era creditore, avvedendosi che le usure ascendevano quasi al valore del suo patrimonio, il quale sarebbe rimasto assorbito, concepì l'orribile disegno di propinare il veleno al suo genitore, onde affrettargli così la morte, nel criminoso disegno di liberarsene. E se vogliamo attenerci alle stesse parole del senato consulto, ad evidenza risulta l'esattezza del parere di Teofilo. *Quum inter caeteras causas Macedo, quem illis natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset: etc. L. 1, ff. ad SC. Maced.* Quell' *aes alienum* non è riferibile al creditore, ma al debitore. Macedonio dunque non era l'usuraio, bensì il figlio di famiglia debitore. Indi si soggiugue: *Et quum saepe materiam peccandi, malis moribus praestaret qui pecuniam, nec qui amplius diceretur incertis nominibus, etc.* Dal che visibilmente risulta aver Teofilo toccata la materia con molta sagacità. — Circa poi l'origine di questo senato-consulto, Svetonio e Tacito sono di contrario avviso. Il primo, in *Vesp. cap. 11*, ne attribuisce l'origine a' tempi di Vespasiano: il secondo, *Annal. lib. 11 et 12*, a' tempi di Claudio. Può nondimeno questa disparità di opinioni conciliarsi, col dire che questo senato-consulto fu sanzionato sotto l'impero di Claudio e rinnovato poi sotto quello di Vespasiano: la quale congettura è di P. Fabro, in *Paraphr. §. 7, Inst. h. t. (Recitaz.)*.

(*) Credo a proposito riferire originalmente in questo luogo il senato-consulto di cui si ragiona. *Senatui placuit, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen, expectata patris morte fieri, L. 1, pr. ff. de SC. Maced.*

del padre, e non già alle altre cose fungibili, nè agli altri contratti (1).

§. 1225. Dal primo assioma risulta: 1° che il figlio invano rinuncierebbe a questa eccezione (2); 2° che al contrario il padre ci possa rinunciare o espressamente, nel qual caso ha luogo l'azione *quod jussu*, o tacitamente riconoscendo il debito, o pagandolo (3); 3° che questa eccezione cessi nel caso in cui il danaro sia tornato in profitto del padre (4); 4° che qualora il figlio abbia un peculio castrense o quasi castrense, sia obbligato (5); 5° o qualora siasi annunziato padre di famiglia (6); 6° o se il creditore abbia ignorato che il mutuatario era figlio di famiglia (7); 7° che il maggiore non possa opporre questo senato-consulto al minore o al pupillo (8).

§. 1226. Dal secondo assioma risulta 8° che laddove o il figlio o il padre abbia pagato, non possano questi ripetere la cosa data coll'azione *indebiti* (9).

§. 1227. Finalmente dal terzo assioma si deduce che sì fatta eccezione cessi: 1° qualora il danaro preso a mutuo abbia avuto per oggetto una cosa vantaggiosa, per esempio a causa degli studii, purchè non sia eccedente il bisognevole (*modo, ne ultra modum*) (10); 2° o se siasi dato a mutuo tutt'altro che danaro, purchè ciò non siasi fatto in frode del senato-consulto (11) (a).

(1) L. 3, §. 3, L. 7, §. 3, ff. L. 3, C. de SC. Maced.

(2) L. 29, Cod. de pact.; Leg. 40, ff. de condict. indebit.

(3) Leg. 13, ff. Leg. 2, Cod. de SC. Maced.

(4) Leg. 7, §. 12, ff. eod.

(5) Leg. 1, §. 3, Leg. 2, ff. h. t.; Vedete il n° 1° del §. 478 di questi Elementi.

(6) Leg. 1, Cod. eod.

(7) L. pen. ff. h. t. (8) L. 3, §. 2, ff. de SC. Maced.

(9) L. 40, ff. de condict. indeb.; Leg. 10, ff. de SC. Maced. Vedete il n° 1° del §. 998, di questi Elementi.

(10) Leg. 7, §. 13, ff. eod. (11) Leg. 7, §. 3, ff. eod.

(a) Al che si riferisce il contratto, con voce barbara detto *mo-hatra*, quando taluno venda, a chi ha bisogno di danaro, mercanzie a un prezzo arduo, acciò rivendendole a vil prezzo faccia danaro, *Valer. Diff. utriusque far. tit. Neguzant. Diff. 2. pag. 595, Stryk. Caut. contr. sect. 2, cap. 1, §. 31.* Questo contratto fu immaginato per evitare il disonore dell'usura e per eludere il senato-consulto Macedoniano.

TITOLO VIII.

Delle azioni per lo ristoro de' danni.

SOMMARIO.

§. 1228 Ragion dell'ordine -- 1229 *Noxia, noxa, actio noxalis* -- 1230 Natura di questa azione: sue specie -- 1231 Contra chi s'intentano le azioni noxali -- 1232 A chi competono -- 1233 Contra chi può l'azione noxale e contra chi non può sperimentarsi -- 1234 Pratica odierna.

§. 1228. Le azioni spiegate nel precedente titolo appartengono a' contratti fatti co' servi e co' figli di famiglia (1): ma il delitto o il quasi-delitto del figlio o del servo non obbligano nè il padre di famiglia nè il patrono (2). Costoro potevano però anticamente esser convenuti (3); e pel nuovo dritto il patrono può pe' delitti privati (a) del suo servo esser civilmente astretto coll'azione *per lo ristoro dei danni* (noxaliter).

§. 1229. Qualunque perdita cagionata da delitto privato o da quasi-delitto del servo chiamasi danno (*noxia*) (4). Lo stesso corpo che cagionò il danno, cioè il servo, dicesi *noxa* (5) L'azione per lo ristoro del danno (*noxalis*) è quella colla quale si domanda o la valutazione del danno o la cessione del servo (6).

§. 1230. E poichè si fatta azione deriva o da delitto privato o da quasi delitto (7), risulta 1° esser la medesima di qualità adjettiva, e aver tante specie quan-

(1) Vedete nel Titolo precedente il §. 1204.

(2) Vedete in quest'opera il §. 1033.

(3) Vedete ivi il n° 3° del §. 138.

(a) Imperocchè pe' delitti pubblici lo stesso servo è punito. *Leg. 4, Cod. de noxal. act.*; *Leg. 2, Cod. de accus.*; e il patrono offrendo il valore del danno cagionato dal servo non può arrestare il corso della vendetta pubblica, *Leg. 17, §. 18, ff. de Aedil. edict.*; *Leg. 200, ff. de verb. sign.*

(4) Vedete in quest'opera il §. 1080. (5) §. 1, *Instit. h. t.*

(6) *Pr. Inst. h. t.*; *Leg. 1, pr. ff. h. t.*

(7) Vedete il §. antecedente.

ti sono i delitti privati, o i quasi-delitti: laonde ci sono azioni *nossali di furto, di rapina risultante dalla legge aquilia, delle ingiurie, delle cose gittate, etc.*

§. 1231. Avendo poi questa azione per oggetto o il risarcimento del danno o la cessione del servo che ne fu causa (1), risulta 2° che sì fatte azioni sieno dirette contra la cosa (*in rem scriptae*) (2) e che per conseguenza il danno segua il servo che lo produsse (3): 3° che il servo manomesso dopo il delitto debba parimente essere astretto, perciò l'azione nossale cessa (4): 4° se il servo muoja prima della contestazione in causa la mentovata azione parimente si estingue (5).

§. 1232. Quindi le azioni nossali competono a coloro che con delitto o con quasi-delitto sieno stati lesi da un servo (6), per esercitarla contra il patrono o chiunque possedesse il servo (7) onde ottenere la riparazione del danno o la cessione del servo (8).

§. 1233. Lo stesso praticavasi anticamente rispetto a' *delitti de' figli di famiglia* (9), i quali potevano esser ceduti da' padri in risarcimento del danno (10); salvi però rimanendo i loro dritti d'ingenuità, qualora venissero a esser manomessi (11). Ma ciò fu cangiato col nuovo dritto. Al presente non si può, nè direttamente, nè coll'azione nossale, essere astretto per lo delitto del figlio (12): l'azione si rivolge contra lo stesso figlio; ma essendo condannato, può contra il padre esercitarsi l'azione di peculio in virtù della cosa giudicata (*actio judicati de peculio*) (13) (a).

(1) Rivedete il citato §. 1129.

(2) Vedete la nota del §. 1146.

(3) §. 5, *Instit. h. tit.*

(4) *Leg. 4, Cod. ad serv. pro uso tact.; Leg. 15, ff. de conduct. furt.* (5) *Leg. 1, Leg. 2, ff. si ex noxal. caus.; Leg. 69, ff. de verb. obl.*

(6) Vedete poc' anz' il §. 1230.

(7) Vedete il n° 2° del §. 1231. (8) *pr. Inst. h. t.*

(9) Vedete il §. 1228 al principio di questo Titolo.

(10) Vedete il n° 3° del §. 138 di quest'opera.

(11) *Collat. leg. Mos. et Rom. tit. 2, §. 3.* Vedete il n° 5° del §. 91 in questi Elementi. (12) §. ult. *Instit. h. tit.*

(13) *Leg. 3, §. 11, ff. de pecul.; Leg. 33, 34 et 35 ff. h. t.*

(a) Di questo diritto ne rendemmo conto nella nota del §. 1119. Si rivegga.

§. 1254. Soggiungiamo in ultimo luogo, esser questo titolo di quasi nessun uso nel nostro foro, perchè siccome in Germania non tutti gli acquisti de' servi proprii (1) o ascrittizii sono a profitto de' loro patroni, così i servi sono personalmente astretti pe' proprii delitti, ed essendo insolvibili, soggiacciono a pene corporali (*corpore et corio solvuntur*) (2).

TITOLO XI.

Del danno cagionato da quadrupedi, detto pauperie.

SOMMARIO.

§. 1235 Definizione della *pauperie* -- 1236 Senso in cui gli antichi adoperavano questo vocabolo -- 1237 *Actio noxalis in rem scripta de pauperie*: a chi era concessa: oggetto di questa azione -- 1238 Azione accordata a coloro che erano stati danneggiati da una bestia provocata -- 1239 Quando competeva l'azione in *factum* del pascolo del gregge, e quando l'azione della legge Aquilia -- 1240 Azione in *duplum*: quando aveva luogo -- 1241 Uso del foro odierno -- 1242 *Inclusio animalis* -- 1243 Pena arbitraria in ragion del danno.

§. 1235. Se gli uomini liberi cagionino una perdita, dicesi *danno* (3): se questo venga prodotto da un servo, anticamente da un figlio di *famiglia*, dicesi *nox*, (4): finalmente si denomina *pauperie*, quando il danno sia cagionato da un quadrupede. Sicchè la *pauperie* si definisce *un danno senza ingiuria di chi lo fa* (5).

§. 1236. E perchè gli antichi credevano che le bestie vivessero secondo la natura, chiamavano perciò *pauperie* il danno cagionato da un quadrupede non provocato (6), ma *moku proprio* contra la sua natura (7) (a):

(1) Vedete in quest'opera il §. 85.

(2) *Leg. 1, §. ult. ff. de poen.*

(3) Come si è veduto nel §. 1080 di questi Elementi.

(4) Vedete il §. 1279, *ivi*.

(5) *Leg. 1, §. 3, ff. h. t.* Vedete nel primo libro di questi Elementi, la nota del §. 36. (6) Rivedete il citato §. 36.

(7) *pr. Inst. h. t.; Leg. 1, §. 4, ff. h. t.*

(a) Quindi è che se il nocumento fosse stato cagionato da una

in tal senso dunque attribuivasi alla bestia un quasi-delitto, e non già se secondo la sua natura avesse fatto un danno, p. e. pascolando l'erbe (1).

§. 1237. Se anche un quadrupede contra la natura della sua specie abbia cagionato danno senza essere nè irritato nè provocato, la legge accorda l'azione nossale contra la cosa (2) per cagione delle pauperie (*actio noxalis in rem scripta de pauperie*) a colui che ci ha interesse e al di costui erede, contra colui che nel momento della contestazione in causa è padrone della bestia. L'oggetto di tale azione è il risarcimento del danno, o la cessione della bestia per tener luogo di pagamento (3); e qualora il proprietario abbia falsamente negato di esser padrone della bestia, debba pagare la totalità del danno (4).

§. 1238. Ma se la bestia avesse cagionato la pauperie per esser stata provocata, davasi contra l'autore della provocazione l'azione della legge Aquilia (5).

§. 1239. Se la bestia seguendo il naturale impulso, avesse danneggiato un campo col pascolarci, si aveva diritto a intentar l'azione *in factum* del pascolo del gregge (6), la quale sembra essere stata pure *nossale* (7). Se la bestia fosse stata intromessa dal padrone, compete la azione della legge Aquilia (8), perchè in tal caso ci è ingiuria, cioè danno ingiustamente cagionato (9).

bestia feroce, non compete la azione di pauperie, perchè, giusta il detto di Quintiliano, questa sorta di bestie è destinata per la ferocia; e perciò si presume non aver apportato nocumento attesa la natura della loro specie. Nondimeno in questo caso aveva luogo l'azione *utile di pauperie*, e si esercitava allorchè il danno veniva cagionato da un animale non quadrupede, *Leg. 4. ff. h. t.*

(1) *Leg. 14, §. ult. ff. de prescript. verb.*

(2) Vedete in quest'opera la nota del §. 1146.

(3) *pr. Inst. h. t.; Leg. 1, pr. Leg. 3, ff. h. t.*

(4) *Leg. 1, §. 15, ff. h. t.* (5) *L. 1, §. 4, seq. ff. h. t.*

(6) *Leg. 14, §. ult. ff. de praescript. verb.*

(7) *Paolo, Sand. recept. lib. 1, tit. 15, §. 1.*

(8) *Leg. ult. Cod. de Leg. Aquil.*

(9) *Giovenale, Satir. 14, v. 151.*

§. 1240. Finalmente, colui che tenendo lungo la strada o un verre o un cignale o un cane, abbia con ciò dato causa a qualche danno di considerazione, può essere astretto coll'azione in *duplum* verso colui che lo risentì: se fosse stato ucciso un uomo libero, può essere condannato a pagare duecento solidi; e se fosse stato semplicemente ferito, va tenuto in forza del diritto edilizio a quel tanto che il giudice arbitrava (1).

§. 1241. Al presente l'uso del foro non è lo stesso in tutti i luoghi.

§. 1242. Per lo danno cagionato col pascolare si è in parecchi luoghi introdotto il così detto *pignoramento* ovvero *sequestro della bestia* (*inclusio animalis*) (2) sorpresa nel fondo, purchè sia al momento presentata al giudice. Ciò fatto, può ritenersi la bestia finchè il padrone non paghi il danno e le spese.

§. 1243. In luogo dell'azione edilizia in *duplum*, la pena è arbitraria in ragion del danno (3).

TITOLO X.

Di coloro mercè i quali possiamo agire.

SOMMARIO.

§. 1244 Ragione per la quale i Romani non ammettevano procuratori — 1245 Eccezione a questo principio di romano diritto — 1246 Finzione immaginata da' giureconsulti onde i procuratori agir potessero in tutte le cause — 1247 Principii regolatori di questa finzione — 1248 Definizione del procuratore — 1249 Chi poteva e chi non poteva costituir procuratori — 1250 Chi poteva e chi non poteva esser costituito — 1251 Divieto di poter il procuratore essere ammesso negli affari criminali — 1252 Quando la procura finisce — 1253 Usi odierni.

§. 1244. Siccome tutte le azioni, giusta gli antichi formularii del diritto, erano azioni della legge (4), e non potevano istituirsi mediante altri (5); e di più siccome in dritto romano niuno può acquistare per un altro qualora non siasi sotto la di costui potestà (6),

(1) §. 1, *Instit. h. t.*; *Leg. 42. ff. de Ædilit. edict.* Vedete in quest'opera il §. 1112. (2) *Leg. 39. ff. ad Leg. Aquil.*

(3) Vedete la Costituzione criminale Carolina, art. 136.

(4) *L. 2, §. 6, ff. de orig. jur.* V. il §. 69.

(5) §. 5, *Inst. per quas pers. cuiq. adquir.* Vedete in questi Elementi il §. 432.

così gli antichi ne deducevano che niuno poteva agire per un altro, nè essere da un altro astretto (1).

§. 1245. Sicchè presso gli antichi niuno era ammesso per procuratore menochè pel popolo, per la libertà (2), per lo pupillo, o volendo per la legge ostilia istituir l'azione di furto in favore di colui che trovavasi presso il nemico, ovvero assente per la repubblica, o in fine per coloro che si tenevano sotto la tutela (3) (a).

§. 1246. Ma perchè questo sembrava assai incomodo, i giureconsulti antichi immaginarono un modo onde pur nelle altre cause potessero i procuratori essere ammessi, salvi però rimanendo i riferiti principii. La finzione che introdussero (4) è che il *procuratore divenisse il proprietario della causa* (5).

§. 1247. Questa proprietà della causa ordinariamente (b) fingevasi acquistarsi *litis contestatione* (6), ma preceduta dal mandato del vero padrone (7). Il mandato teneva luogo di titolo o di *causa*, e la contestazione in causa teneva luogo di occupazione. Il padrone dava al procuratore il mandato d'impossessarsi: il procuratore l'occupava colla contestazione in cau-

(1) *pr. Instit. h. tit. ed ibi Vulteio.*

(2) *Tito Livio, lib. 3, cap. 45.* (3) *pr. Instit. eod.*

(a) Di quà venne quella durissima legge decemvirale: *Se alcuno venga impedito per malattia o per vecchiaia, colui che lo cita in giudizio darà una giumenta, se ricusa non darà la carrozza.* Gellio, lib. 20, cap. 1. Quindi è che in una malattia grave non ammettevasi procuratore, ma si accordava un respiro.

(4) Vedete il §. 1224 di questi Elementi.

(5) *Leg. 4, §. 3, ff. de alien. jud. mut. caus. fact.; Leg. 4, §. ult. ff. de adpellat.; Leg. 22, Leg. 23, Cod. de proc.; Leg. 11, §. 3, ff. de except. dol. mal.; Alteserra, de fict. jur. lib. 2, cap. 13.*

(b) Estraordinariamente la proprietà della lite poteva acquistarsi senza mandato, dando cauzione di ratificare il giudizio e pagar le spese (*de rato et judicatum solvi*) *Leg. 40 §. ult. ff. de procuratoribus.* Ma in quest'ultimo caso colui che assumeva il carico della causa per un altro, non *procuratore*, ma *defensore* si appellava. *Leg. 46, §. 2, Leg. 76, ff. de procuratoribus.*

(6) *L. 4, §. ult. ff. de adpell.* (7) *L. 1, pr. ff. de procur.*

sa (1). Quindi è che la sentenza pronunciavasi contra il procuratore (2), e questi, non che il vero padrone, acquistava l'azione della cosa giudicata, la quale competeva pure all'avversario contra entrambi, quantunque si elidesse colla eccezione (3).

§. 1248. Dunque, secondo un tal sistema, *procuratore dicesi colui che incaricato dal mandante spinge innanzi i di costui affari giudiziarii o il di costui processo* (4).

§. 1249. Essendo dunque necessario trasferire al procuratore la proprietà della lite (5), risulta 1° che i procuratori potevano essere costituiti da' soli padroni (6) (a); 2° e non da tutti, ma da que' soli che avevano la libera amministrazione de' loro beni: quindi nè i furiosi nè gl'insensati nè i sordi nè i muti *etc.* avevano questo diritto.

§. 1250. Dallo stesso principio risulta 3° poter esser procuratore colui che può acquistar la proprietà e presentarsi in giudizio: il che non potevasi dal furioso dall'insensato dall'infante (7), nè dalle donne (8) nè da militari (9) nè da' minori di diciassette anni (10) nè da' servi nè dagl'infami, purchè la di costoro infamia fosse stata manifesta (11).

§. 1251. Dal che parimenti risulta 4° poter il procuratore essere ammesso nelle cause civili di qualunque sorta (12), ma non negli affari criminali (13), pur-

(1) *Leg. 32. ff. de procurat.*

(2) *L. un Cod. de satisd.* (3) *L. 28, ff. de procurat.*

(4) *Leg. 1, pr. L. 33, pr. §. 1, ff. de proc.*

(5) Vedete il §. 1246 e seguenti in questo Titolo.

(6) *Leg. 1, pr. ff. h. tñ.*

(a) D'onde si vede la ragione per cui i tutori e i curatori prima della contestazione in causa stabiliscano non i *procuratori*, ma gli *agenti*; e perchè dopo la contestazione in causa possano costituire il procuratore. Vedete il §. 277. (7) *L. 2, §. 1, ff. de proc.*

(8) *Leg. 54, ff. eod.* (9) *Leg. 1, §. 2, ff. eod.*

(10) *Leg. 13 ff. de munum. vind. §. 5, Instit. qui et ex quib. caus.* (11) *§. ult. Inst. de except.*

(12) *pr. Inst. h. t.; Leg. 1, ff. de proc.*

(13) *Leg. pen §. 1, ff. de publ. jud.*

chè l'accusato non abbia contestata la lite, e la pena si possa anche all'assente applicare (1).

§. 1252. Intanto siccome la menzionata proprietà era fittizia (2), ne deducevano che la funzione di procuratore finiva 5° colla volontà scambievolmente di terminarla (3); 6° colla revoca del costituente prima della contestazione in causa (imperocchè dopo non poteva ciò aver luogo, se non *caussa cognita*) (4); 7° colla rinuncia a tempo del procuratore (5); 8° ma non colla morte del costituente o del procuratore la (6) quale estingue gli altri mandati (7).

§. 1253. Presentemente, almeno in Germania, il procuratore non è proprietario della lite, ma un semplice mandatario; e perciò non è più questione degli effetti di questo dominio, la maggior parte de' quali cessa. La sentenza riguarda i soli costituenti, come pure l'azione della cosa giudicata, la quale nè si acquista dal procuratore, nè può contra di lui istituirsi. Sicchè al presente il mandato è liberamente revocabile e prima e dopo la contestazione in lite. Le funzioni del procuratore finiscono colla morte del mandante, purchè il mandato non sia pur concepito in nome degli eredi: il che convien che necessariamente si faccia per lo rescritto imperiale del 1654, §. 99 (8).

(1) *Leg. 10, ff. eod.; Leg. 33, §. 2, ff. de proc.*

(2) Vedete in questo Titolo il §. 1246.

(3) *§. ult. Inst. quib. mod. toll, obl.*

(4) *Leg. 17, seq. ff. h. t.* Vedete in questo Titolo il §. 1247.

(5) *§. 11, Instit. de mandat.*

(6) *Leg. 23, Cod. de proc.* (7) *§. 23, Instit. de mandat.*

(8) *Bohemer, Diss. de domin. litis, cap. 3.*

TITOLO XI.

Delle Satisfazioni.

SOMMARIO.

§. 1254 Necessità delle scambievoli guarentie fra le parti litiganti — 1255 Definizione della *cauzione*: sue diverse specie — 1256 In che le indicate specie consistono: uso odierno del foro — 1257 Doveri del *convenuto* per diritto nuovo — 1258 Cauzione dell' *attore* — 1259 Cauzione del procuratore del *convenuto* presente: cauzione del procuratore del *convenuto* assente — 1260 Cauzione del procuratore dell' *attore* — 1261 Uso odierno circa la cauzione del *convenuto* — 1262 E per la cauzione dell' *attore*.

§. 1254. Importa a' litiganti che i giudizi non diventino illusorii (a): da ciò la necessità delle scambievoli guarentie.

§. 1255. La *satisfazione* o *cauzione* o *guarentia* è la *sicurtà data alla parte avversa*. Essa è di varie sorte: 1° *fidejussoria*, la quale chiamasi pure *satisfazione* (1); 2° *pignoratizia*; 3° *giuratoria*; 4° semplicemente *promissoria* (2).

§. 1256. La cauzione ordinariamente si dà *co' fidejussori*. I *pegni* si ammettono allorchè il valore della cosa sia certo (3): la cauzione *giuratoria* riguarda gli uomini illustri (4), e anticamente i possessori di cose immobili (5), non che le persone accreditate che non potevano trovare nè fidejussori idonei nè pegni (6). L'odierno uso del foro non altro richiede che una semplice promessa de' possessori d' immobili (7), del fisco,

(a) Siccome importa allo stato che i giudizi non sieno illusorii, così questi potrebbero tali addivenire se una delle parti sottrar si potesse alle condanne pronunziate in una decisione (*Recit.*).

(1) Vedete in quest' opera il §. 279.

(2) *Rubr. tit. ff. qui satisf. cog. vel jurato promit. vel suae promiss. com.*; *Leg. 1, § 9, ff. de collat. bon.*; §. 2, *Instit. h. t.*

(3) Vedete in questi Elementi il §. 281.

(4) *Leg. 17, Cod. de dign.*

(5) *Leg. 26, §. 6. Cod. de episc. aud.*; *Leg. ult. Cod. de sportul.*; *Leg. ult. Cod. de princ. agent. in reb.*

(6) *Arg. Nov. 112, cap. 2.*

(7) *Leg. 15, pr. ff. qui satisf. cog.* Vedete il §. 389.

Ein. T. II.

della repubblica (1) e de' chierici (2).

§. 1257. Ed in vero, per diritto nuovo il *convenuto* non presta cauzione di *pagare il giudicato*, nè nell'azione personale nè nell'azione reale; ma presta soltanto cauzione di *presentarsi in giudizio* ed assisterci fino al diffinitivo. (3).

§. 1258. L'*attore* dà cauzione che sotto pena del doppio contesterà la lite fra due mesi dalla dimanda giudiziaria, e la seguirà fino al termine; e che qualora succumba, pagherà per le spese dell'istanza la decima parte del valore chiesto nell'atto di citazione (4).

§. 1259. Il procuratore *del convenuto presente* non dà cauzione per sè; ma il convenuto se è presente in giudizio promette per lo procuratore, e se è fuori giudizio dà cauzione di pagare il giudicato e d'intervenire nel tribunale allorchè si pronunzierà la sentenza (5). Il procuratore del *convenuto assente*, o piuttosto il difensore, è tenuto a prestar cauzione di pagare il giudicato (6).

1260. Il procuratore dell'*attore*, munito di un vero mandato, non dà cauzione (7); ma se non abbia procura non dee essere inteso, quando anche desse cauzione (8). Se la procura sia viziosa, o colui che voglia usarne sia congiunto con colui per lo quale intende agire, o la procura sia generale, o sia il tutore per lo pupillo, o il curatore per lo minore, è mestieri che si dia cauzione che *il principale ratificherà* (dominum rem ratam habiturum) (9).

§. 1261. D'ordinario queste cauzioni presentemente non si richieggono al convenuto.

§. 1262. All'opposto l'*attore* dà ordinariamente cauzione per le spese della lite.

(1) Leg. 1, §. 18, Leg. 6, §. 1, ff. ult. leg. vel fideicomm. serv. caus. cav.

(2) Leg. 25, §. 1, Leg. 33, §. 3, Cod. de episc. et cler.

(3) §. 2, Instit. h. tit.

(4) Nov. 96, cap. 1.

(5) §. 4, Instit. h. tit.

(6) §. 5, Instit. eod.

(7) L. 1, Cod. de proc.

(8) Leg. 1, Leg. 24, Cod. eod.

(9) §. Inst. h. tit.; Leg. 1, Cod. Leg. 35, Leg. 40, §. ult. ff. de proc.

TITOLO XII.

Delle azioni perpetue e temporanee e di quelle che passano agli eredi e contra gli eredi.

SOMMARIO.

§. 1263 Ragione per la quale gli antichi opinavano che le azioni avessero un termine — 1264 Azioni *perpetue*: Azioni *temporanee* — 1265 Regole da osservarsi sull' una e l' altra specie: 1° sulle azioni *reali* — 1266 per l' azione *confessoria* e per la *negatoria* — 1267 Pel diritto di ipoteca — 1268 Diversità che si osserva fra le azioni indicate e quelle che nascono dal diritto ereditario — 1269 Natura di queste azioni — 1270 Seconda regola, sulle azioni *personali* — 1271 Terza regola, sulle azioni *penali*: eccezioni — 1272 Quarta regola sulle azioni *criminali*: eccezioni — 1273 Quando le azioni competono agli eredi — 1274 Quando si accordano contra gli eredi — 1275 Continuazione.

§. 1263. Siccome e i diritti e le azioni si presumono essere nel nostro patrimonio (1), così gli antichi ne dedussero che le azioni, non altrimenti che il dominio delle cose corporali e gli altri diritti (2), si estinguessero col decorso del tempo; soprattutto perchè sembrava sommamente importante per lo stato, che le liti avessero un termine.

§. 1264. Siccome poi alcune azioni spirano più presto e alcune altre più tardi; così per diritto romano alcune son dette *perpetue*, alcune altre *temporanee*. *Perpetue* diconsi quelle che durano trent'anni, o almeno un tempo certamente lungo (3) (a). *Temporanee* sono le altre che spirano più presto.

(1) Vedete il n.º 2º del §. 388 di questi Elementi.

(2) Vedete il §. 438, *ivi*.

(3) Leg. 3, *Cod. de praescript. 30 ann.*

(a) Anticamente le azioni civili erano veramente perpetue: al presente si dà questa denominazione soltanto a quelle che durano trent'anni: Leg. 1, §. 1, *Cod. de ann. except.* Imperocchè lo spazio di trent'anni era per gli antichi lunghissimo; e perciò dicevasi perpetuo tutto ciò che durava trent'anni. La Glossa ufficiale dice: *Perpetuo è non solo ciò che dura trent'anni, ma anche ciò che dura per tutta la vita di un uomo.* Abbiamo soggiunto, o almeno per un tempo lungo, imperocchè nel nostro diritto le azioni reali diconsi *perpetue*. (*Iust. e Recitaz.*).

§. 1265. Su l'una e sull'altra specie uopo è osservare le seguenti regole: 1° *le azioni reali, se alcuno eccepisca la prescrizione, durano quanto lo stesso diritto reale da cui nascono* (1), *altrimenti sono di trent'anni* (2). Quindi la revindicazione della cosa mobile si prescrive col decorrere di tre anni; quella della cosa immobile, con dieci anni tra presenti e con venti fra gli assenti, purchè il vizio della cosa posseduta (3) o la mala fede del possessore o l'età della persona contra cui si prescrive non impedisca la prescrizione, nel qual caso ci bisognano trent'anni (4); o purchè le Chiese, le città, il fisco non ripetano ciò che loro appartiene, nel qual caso si richieggono quarant'anni (5). Il che avviene anche dopo la contestazione della lite (6).

§. 1266. Per l'azione *confessoria* e per la *negatoria* si osserva pure il tempo ordinario della prescrizione perchè le servitù si prescrivono col decorrere di dieci anni tra presenti e di venti anni tra gli assenti (7).

§. 1267. Lo stesso tempo si richiede ancora rispetto al *diritto d'ipoteca*, il quale si prescrive col decorrere di dieci anni tra' presenti e di venti anni tra gli assenti, purchè la cosa sia pervenuta di buona fede e con giusto titolo al terzo possessore (8); se poi il terzo possessore che ritiene la cosa sia in mala fede, il diritto si prescrive col decorrere di trenta anni (9); con quaranta anni si prescrive, se la cosa gravata d'ipoteca sia posseduta dallo stesso debitore (10); e in questo caso l'azione ipotecaria dura altrettanto.

(1) Vedete in questi Elementi il §. 445.

(2) *Leg. pen. Cod. de praescript. Long. temp.*

(3) Vedete il numero 3° del citato §. 450.

(4) Vedete i numeri 2°, 4°, 5° del citato §. 450.

(5) *Auth. quas rationes, Cod. de SS. Eccl.*

(6) *Leg. ult. Cod. de praescript. 30 vel 40 ann.*

(7) Vedete il n° 3° del §. 413 di questi Elementi.

(8) *Leg. 1, §. 2, Cod. si adv. cred.*

(9) *Leg. 7, pr. Cod. de praescript. 30 ann.* Rivedete il §. 450 di questi Elementi.

(10) *Leg. 1, §. 1, Cod. de ann. excep.* Vedete il n° 4° del §. 451 di questi Elementi.

§. 1268. Le sole azioni nate da diritto ereditario sono di differente natura. La *petizione di eredità*, come mista, si prescrive con trenta anni (1). La *querela d'infossioso testamento*, come odiosa, si prescrive con cinque anni (2).

§. 1269. Soggiungiamo che la natura di queste azioni reali si applica ad un' *azion personale diretta sulla cosa*, che è l'azione *quod metus causa*, allorchando è concepita *in simplum*: essa si prescrive col tempo lungo, se il possessore sia in buona fede e posssegga con giusto titolo (3).

§. 1270. La seconda regola è, 2° che *le azioni personali per rivendicar la cosa* (rei persecutoriae) civili e pretorie sono perpetue, e durano trent'anni. Si eccettua l'azion personale per conseguire la servitù promessa, la quale rassomiglia alle azioni reali (4) e si estingue col non uso di dieci o pur di venti anni (5): si eccettuano altresì le azioni delle Chiese, delle città, del fisco, le quali durano quarant'anni (6); e le azioni pretorie tendenti alla rescissione, le quali sono temporanee. Quindi l'azione *pauliana* dura un anno utile (7); la maggior parte delle *restituzioni*, quattro anni (8); l'azione *redibitoria*, sei mesi; l'azione *quantum minoris*, un anno (9).

§. 1271. Terza regola: 3° *tutte le azioni penali per delitti privati sono perpetue o annali, secondochè sono o civili o pretorie*. Si eccettua 1° l'azione del *furto manifesto*, la quale, quantunque immaginata dal pretore, è perpetua (10) perchè fu stabilita ad esem-

(1) Leg. 7, Cod. de pet. her.; Leg. 3, Cod. in quib. caus. cess. long. temp. praescript.

(2) Vedete il n° 3° del §. 584 di questi Elementi.

(3) Leg. 3, Cod. de his quae vi met. caus.

(4) Vedete il §. 1265 in questo Titolo.

(5) Leg. pen. Cod. de usufr.; Leg. 13, Cod. de serv.

(6) Vedete il n° 1° del §. 451 di questi Elementi.

(7) Leg. 1, pr. Leg. 10, §. 18, ff. quae in fraud. cred.

(8) Leg. ult. Cod. de temp. in int. rest.

(9) Leg. 38, pr. ff. de aedilit.

(10) pr. Inst. h. tit.

pio della legge decemvirale; 2° l'azione di furto contra i marinai, tavernari e stallieri; 3° le azioni per alberi furtivamente tagliati, le quali sono egualmente pretorie e perpetue (1). Dell' istessa natura sono 4° l'azione di deposito necessario (2); 5° l'azione del servo sedotto (3); 6° l'azione per cose gittate, purchè non trattisi di un uomo libero ucciso, nel qual caso è annale (4). L'azione di dolo dura due anni, nè si perpetua colla contestazione in causa (5).

§. 1272. Quarta regola: 4° Le azioni criminali ordinariamente durano venti anni (6): le eccezioni sono, 1° se il delitto continui, allora l'azione pur continua (7); 2° per lo reato di adulterio (8); 3° per quello di peculato (9); 4° per lo senato-consulto Silaniano nelle quali l'azione si prescrive con cinque anni (a).

§. 1273. Sul fondamento che le azioni sieno nel nostro patrimonio (10), parecchie di esse si accordano agli eredi e contra gli eredi. Dico parecchie, d'onde il primo assioma: 1° *Tutte le azioni tendenti a revindicare la cosa non che le penali competono agli eredi, purchè non risguardino la mera vendetta, o l'attore non ci abbia speciale interesse*. Dal che facilmente rilevasi la ragione per cui agli eredi non competano le azioni delle ingiurie (11), del testamento inofficioso (12),

(1) *L. ult. ff. naut. caup. stab.*; *L. 1, §. 6, ff. arb. furt. caes.*

(2) *Leg. 18, ff. depos.* (3) *Leg. 13, ff. de serv. corr.*

(4) *Leg. 5, § 5, ff. de his qui effund. vel dejec.*

(5) *Leg. ult. Cod. de dol. mal.*

(6) *Leg. 12, Cod. ad Leg. Cornel. de fals.*

(7) *Leg. 4, Cod. de apost.*

(8) *Leg. 29, §. 5, seq. ff. ad Leg. Jul. de adult.*

(9) *Leg. 7, ff. ad Leg. Jul. peculat.*

(a) Il senato-consulto Silaniano era una legge crudelissima, perchè stabiliva che quando un testatore era ucciso nella propria casa, non potevasi aprire il testamento se non quando tutti i suoi, dimoranti sotto lo stesso tetto, fossero stati sottoposti alla tortura onde conoscersi il colpevole dell'omicidio. *Tot. tit. de SC. Silan. et Claudian.* (Recitaz.).

(10) V. il §. 1263 di questi Elementi. (11) V. il §. 1102, *ivi*.

(12) Vedete il num. 2° del §. 584, *ivi*.

contra i calunniatori (1), onde rinvocare una donazione per causa d'ingratitude (2), e tutte le azioni popolari (3).

§. 1274. Il secondo assioma è: 2° Tutte le *azioni persecutorie della cosa, abbenchè derivino da delitto, si accordano contra gli eredi* (4): per esempio, la *condizione furtiva*, la quale si dà contra gli eredi (5); l'azione delle cose amosse, quantunque certuni pretendano che la prima non derivi da delitto. La verità di questo assioma si fa manifesta nel §. 9. *Inst. de Leg. Aquil.* con cui l'imperadore conviene che l'azione della legge Aquilia avrebbe luogo contra l'erede, qualora si limitasse a chiedere la estimazione del danno, cioè se fosse soltanto destinata a revindicare la cosa.

§. 1275. 3° *Le azioni penali derivanti o da delitto o da contratto competono agli eredi, purchè la causa non sia contestata col delinquente* (6) (a).

(1) Vedete il num. 6° del §. 1169, *ivi*.

(2) Vedete il num. 3° del §. 463, *ivi*.

(3) *Leg. 5, §. 5, ff. de his qui effud.*

(4) §. 1. *Inst. h. tit.*, (5) *Leg. ff. de cond. furt.* Vedete in questi Elementi il §. 1263.

(6) §. 1, *Inst. h. tit.*; *Leg. 26, et Leg. 28, ff. de obl. et act.*; *Leg. 164, ff. de reg. jur.*

(a) La ragione di questa regola è che le colpe e le pene essendo personali, non possono gli eredi soggiacere alle punizioni cui il reato del loro autore diede luogo. La ragione poi della eccezione portata alla regola generale è, che essendo la contestazione della lite una specie di novazione, l'erede, quando il suo autore defunto ha già contestato, non è più nell'obbligo di pagar la multa per lo delitto, ma per effetto di un quasi contratto (§. 1019). Dunque le azioni penali dopo la contestazione della lite passano agli eredi (*Recitat.*).

TITOLO XIII.

Delle eccezioni.

SOMMARIO.

§. 1276 Concatenazione delle materie — 1277 Definizione dell'eccezione; eccezioni di fatto — 1278 Eccezioni civili; eccezioni pretorie — 1279 Eccezioni perpetue e pretorie — 1280 Eccezioni in rem — 1281 Quando possono dedursi in giudizio le eccezioni dilatorie — 1282 E quando le perentorie.

§. 1276. Fin ora si è trattato delle *azioni*; e siccome importa all'*attore* di agire in giudizio per ottenere ciò che gli appartiene, così del pari è interesse del *convenuto* impedir colle sue difese l'effetto delle azioni: ciò si fa o negando il fondamento dell'azione (a), o confessando la causa coll'arrestarne l'effetto mercè una *eccezione* (b).

§. 1277. La *eccezione*, presa nel senso il più ampio, è ogni *allegazione o difesa colla quale si elide la pretesione dell'attore o ipso jure o per equità* (1): presa poi in senso più stretto, è la *esclusione, per equità, di un'azione accordata per diritto stretto* (2). Dunque non sono propriamente eccezioni ma difese quelle colle quali l'azione è di pieno diritto esclusa, come quelle derivanti dal pagamento, dalla compensazione. Presentemente però nel foro si dà alle medesime questa denominazione, e i dottori le chiamano *eccezioni di fatto*.

§. 1278. L'eccezioni sono o *civili* o *pretorie*: le prime nascono dal diritto civile le altre dal diritto preto-

(a) P. E. io dico che voi mi siete debitore di cento aurei; ovvero io nego esservi debitore di tal somma (Recitaz.).

(b) P. E. Accetto la mia obbligazione di cento aurei verso di voi; ma oppongo la eccezione del S. C. Macedoniano, perchè fui figlio di famiglia (Recitaz.).

(1) Leg. 2, §. 1, Leg. 15, ff. h. t.

(2) Pr. Inst. h. t. Leg. 1, pr. ff. h. t. Leg. 12, ff. de dol. mal. et met, exc.

rio (1). *Civili* sono le eccezioni del senato-consulto Macedoniano, del senato-consulto Vellejano, della pecunia non numerata, della prescrizione: *pretorie* sono le eccezioni di dolo, di giuramento, del timore.

§. 1279. Altre sono *perpetue* e *pretorie*, *allorchè si oppongono sempre all'azione e alla perenzione* (2) (a). Tali sono quelle di cui se n'è fatta la enumerazione nel paragrafo antecedente: altre sono *temporanee* o *dilatorie che ritardano e offrono dilazione* (3), sia rispetto alla persona o alla giurisdizione del giudice, sia per la inabilità dell'attore o del di costui procuratore, o della procedura, o del merito della causa: tali sono le eccezioni *della competenza, della sospensione del giudice, delle feste, del libello oscuro, della cauzione, della dimanda prima del tempo* (ante diem).

§. 1280. Finalmente ci sono certe eccezioni *in rem* le quali sono *inerenti alla cosa*, e profittano agli eredi e a' fidejussori: tali sono in massima parte le eccezioni *perentorie*. Certe altre sono *inerenti alla persona nè oltrepassano la persona*: tali sono l'eccezione di competenza (4), del patto personale *de non petendo* (5).

§. 1281. Le eccezioni *dilatorie* debbonsi opporre

(1) §. 7, *Inst. h. t.* (2) §. 9, *Inst. h. t.*

(a) In altro senso certe eccezioni diconsi *perpetue*, perchè in verun tempo si può contra le medesime prescrivere, sebbene le azioni nascenti dalla medesima causa sieno temporanee; come l'eccezione del dolo, la quale è perpetua, nel mentre l'azione del dolo non dura più di due anni. E in generale tutte le eccezioni sono ordinariamente *perpetue*, perchè, il convenuto non può valersene se non quando ha un'azione da impugnare *Leg. 5, §. ult. ff. de dol. mal. et met. exc.* Al contrario si tengono per *temporanee* quelle che finiscono in un certo tempo: tali sono quelle che possono eccepirsi per modo di azione, come l'eccezione del danaro non numerato, la quale dura due anni (§. 894, 2º) *Leg. 4, Cod. de non num. pec.* e l'eccezione della dote non pagata, di cui si parlò nel §. 813, non che della querela d'inofficio testamento. *Leg. 8, §. 14, ff. de inoff. test.* (3) §. 10, *Inst. h. t.*

(4) Vedete il §. 1198 di questi Elementi

(5) *Leg. 23, Leg. 35, §. 1, ff. de pact.*

prima della contestazione in causa (1), purchè non risguardino la essenza del giudizio, e non lo rendano interamente nullo (2), e purchè non sieno nate, o pervenute a notizia del convenuto, dietro la contestazione della lite (3). Avvi singolar privilegio per la eccezione d'incompetenza del giudice (4), e della cessione delle azioni (5), e consiste nel potersi opporre anche dopo la sentenza.

§. 1282. Le eccezioni *perentorie* possono nei giudizi di buona fede opporsi in qualunque stato del giudizio. Ne' giudizi di *stretto dritto* debbonsi opporre prima e provare dopo la contestazione in causa (6). Si eccettuano però quelle che impediscono l'introduzione della istanza, le quali debbonsi opporre e provar prima della contestazione in causa: si eccettuano inoltre le eccezioni de'senato-consulti Vellejano e Macedoniano, le quali possono opporsi anche dopo la sentenza (7).

TITOLO XIV.

Delle repliche.

SOMMARIO:

§. 1283 In che consiste la *replica* — 1284 In che consiste la *controrreplica* -- 1285 E la *triplicazione* e *quadruplicazione*.

§. 1283. Siccome il convenuto colla sua eccezione distrugge l'azione dell'attore (8), così questi con nuova eccezione dal canto suo distrugge quella del convenuto: questa nuova eccezione dell'attore chiamasi *replica* (9).

§. 1284. Potendo anche accadere che la replica, quantunque a primo aspetto sembri giusta, venga esclusa

(1) *Leg. pen et ult. Cod. h. t.* (2) *Leg. 24, Cod. h. t.*

(3) *Leg. 4, ff. h. t.* (4) *Leg. ult. C., si a non comp. jud.*

(5) *Leg. 41, §. 1, ff. de fideicom.* (6) *Leg. 8, Cod. h. tit.; Leg. 9, Cod. de praescr. long. temp.*

(7) *Leg. 11, ff. ad SC. Vellejan.*

(8) V. il §. 1277 nel titolo antecedente. (9) *Pr. Inst. h. t.*

con nuova eccezione del convenuto, a questa ultima si è dato il nome di controreplica (*duplicatio*) (1) (a).

§. 1285. In certi tribunali si accorda all'attore la triplicazione, e al convenuto la quatuuplicazione (2) e ulteriori eccezioni (b).

TITOLO XV.

Degli interdetti.

SOMMARIO.

§. 1286 Enumerazione delle cause per le quali la condizione di chi possiede presumesi molto vantaggiosa in diritto — 1287 In che consistono gl'interdetti secondo il diritto antico, e secondo il nuovo diritto — 1288 Definizione del possesso: sua divisione in *naturale e civile*: definizione di queste specie. — 1289 Interdetti nascenti dalla proprietà — 1290 Interdetti *proibitorii*; interdetti *restitutorii*; interdetti *esibitorii* — 1291 Interdetti *adipiscendae possessionis*; interdetti *retinendae possessionis* — 1292 Tre interdetti per acquistare il possesso, cioè 1° *quorum bonorum*, 2° *quorum legatorum*, 3° il *Salviano* — 1293 A chi e contra chi si dà il possesso *quorum bonorum* — 1294 In che questo interdetto differisce dalla petizione — 1295 Diritto affine a questo interdetto — 1296 A chi e contra chi si concede l'interdetto *Salviano* e il quasi-Salviano — 1298 In che questi interdetti differiscono dall'azione Serviana e quasi-Serviana — 1299 Due interdetti per conservare il possesso, 1° l'interdetto *uti possidetis*, 2° l'interdetto *utrubi* — 1300 A chi e contra chi compete l'interdetto *uti possidetis* — 1301 A chi e contra chi compete l'interdetto *utrubi* — 1302 Estensione di questi interdetti per l'uso del foro — 1303 A chi e contra chi compete l'interdetto per recuperare il possesso, detto *unde vi* — 1304 Rimedio immaginato dalla pratica per revindicare anche l'immobile delle mani di qualunque possessore — 1305 Interdetti *simplici* — 1306 Oggidì nel foro quest'interdetti vengono chiamati *rimedii possessorii* — 1307 Carattere comune a tutti gl'interdetti — 1306 *Rimedii summarii*: *rimedii ordinarii*: in che differiscono.

§. 1286. In dritto si presume che la condizione di coloro i quali sono in possesso sia molto vantaggiosa

(1) §. 1, *Inst. h. t.*

(a) Esempio. Voi mi siete debitore di 100 aurei: questa è l'azione — Io era figlio di famiglia e vi oppongo il SC. Macedoniano: questa è l'eccezione — Ma voi avete contratto per ordine di vostro padre: questa è la replica — Io nego che mio padre mi abbia ciò ordinato: questa è la controreplica. Dal che si rileva che la prima allegazione esclude la seconda, questa la terza, e così discorrendo (*Recitaz.*). (2) §. 2, *Inst. h. t.*

(b) Ma è certo che quanto più eccezioni si accordano, tanto più cattivi risultano i giudizi. Qual vantaggio in fatti da tante repliche e controrepliche? Sicchè converrebbe restringersi a istituir l'azione e a provare l'eccezione (*Recitaz.*).

(*beati in jure possidentes*), 1° perchè sono esenti dall' esibire e dal provare il titolo di possidenza (1); 2° perchè essendo in buona fede guadagnano certi frutti (2); 4° perchè ritengono la cosa finchè l'avversario non provi esser sua (3); 4° possono di privata autorità mantenersi nel loro possesso (4), e qualora ne venissero spogliati, possono immediatamente riprendere il diritto che si voleva lor togliere (5); 5° e finalmente, siccome tra coloro che sono in egual causa, la condizione migliore è quella di chi possiede, (6) così nel dubbio si giudica in favore de' possessori (7).

§. 1287. Tali vantaggi spingono gli uomīni a disputarsi il possesso; ma ad evitare che questa inclinazione non dia luogo a vie di fatto, a spargimento di sangue, furono immaginati gl' *interdetti*, che secondo il diritto antico erano *formule o concepimenti di parole*, mercè che il pretore in causa di possesso o di quasi-possesso ordinava o vietava di farsi qualche cosa (8). Giusta il nuovo diritto gl' *interdetti* sono *azioni straordinarie e sommarie sul possesso e sul quasi-possesso* (9).

§. Il possesso in generale è la *detenzione della cosa* (10). Si divide in *naturale e civile*. Chiamasi *naturale* o quello che consiste nella semplice detenzione o quello che va disgiunto dall' intenzione di ritenere la cosa colla qualità di proprietario (11). Il possesso *civile* è quello pel quale taluno ritiene la cosa sulla quale ha diritto, o colla intenzione di proprietario o col disegno di dividerlo (12).

(1) Leg. 11, Cod. de pet. her.; Leg. 28, Cod. de rei vind.

(2) Vedete in questi Elementi il §. 377 e seguenti.

(3) §. 4, Inst. h. t. (4) Leg. 1, Cod. unde vi.

(5) Leg. 3, §. 9, Leg. 17, ff. de vi et vi arm.

(6) Leg. 2, §. 9, ff. uti possidetis.

(7) Leg. 125, 128, ff. de reg. jur. (8) pr. Inst. h. t.

(9) pr. §. ult. Inst. h. t. Leg. 2, §. 2, ff. h. tit.

(10) Leg. 1, pr. §. 1, ff. de adquir. vel amitt. poss. Leg. 9, ff. de rei vind. (11) Leg. 12, pr. ff. eod.

(12) L. 1, §. 9, ff. de vi et vi arm. L. 2, §. 1, ff. pro her.

§. 1289. Abbenchè gl' interdetti si dieno soprattutto per lo possesso civile in senso più o meno esteso, nulladimeno ad esempio di questi se ne immaginarono certi nascenti dalla proprietà.

§. 1290. Gl'interdetti sono o *proibitorii*, per esempio, *acciò non si adoperi violenza a colui che fosse immesso nel possesso, acciò nulla si faccia in un luogo sacro, acciò nulla si faccia in un luogo pubblico, o in una via pubblica; o restitutorii* per esempio, *l'interdetto contra l'espulsione con violenza* (interd. unde vi); o *esibitorii*, per esempio, *per esibire un uomo libero, per esibire un testamento*, su' quali ci sono alcuni titoli particolari nel Digesto, ove pur si parla degl'interdetti misti, come insegna la legge 1, §. 1, ff. h. t.

§. 1291. Finalmente ci sono gl'interdetti per *acquistare il possesso*, (*adipiscendae possessionis*), altri per *conservarlo* (*retinendae*), altri per *ricuperarlo* (*recuperandae*) (1).

§. 1292. Gl'interdetti per acquistare il possesso son quelli *sulle successioni pretorie* (*quorum bonorum*), *sui legati* (*quorum legatorum*), e il *Salviano* (2).

§. 1293. L'interdetto *quorum bonorum* si dà al possessore della successione, che è l'erede pretorio (3), non contra qualunque possessore a titolo singolare, ma contra colui che possiede o colla qualità di erede o con quella di possessore (a), per acquistare il possesso delle cose ereditarie (4).

§. 1294. Questo interdetto però differisce dalla petizione in quantochè con questa si chieggono e le cose corporali e i diritti; coll'interdetto *quorum bonorum* si chieggono le sole cose corporali (5).

(1) §§. 1, 3, 4, *Inst. h. tit.*

(2) §. 3, *Inst. h. t.* (3) *Leg. 1, pr. ff. quor bon.*

(a) Dicesi *possedere come erede*, colui che asserisce esser erede; e semplicemente come *possessore*, colui che sapendo che l'eredità non gli appartenga per alcun diritto, la possiede perchè la possiede, §. 3, *Inst. h. t.*; *Leg. 11, Leg. 12, Leg. 13, ff. de heredit. petit.* (4) §. 3. *Inst. h. t.*; *dict. Leg. 1, pr. ff. quor. bonor.*

(5) *Leg. 2. ff. quor bon.*; *Leg. 12, Leg. 19, ff. de credit. petit.*

§. 1295. A questo interdetto è affine il diritto accordato dalla legge ultima, Cod. de *edict. div. Hadr. toll.* col quale l'erede istituito con testamento chiede l'immissione nel possesso, se il testamento non ha alcun vizio apparente.

§. 1296. L'altro interdetto *quorum legatorum* si accorda all'erede civile e all'erede pretorio che diede cauzione (1), contra il legatario il quale s'impadronì della cosa legata, senza consultar l'erede, onde restituirla per poterne dedurre la quarta Falcidia, o in contrario esser condannato a' danni-interessi (2); imperocchè sebbene la proprietà della cosa legata si devolve senza tradizione al legatario (3), il possesso però non si devolve.

§. 1297. L'interdetto *Salviano* si accorda al proprietario di un predio rustico contra il colono, per essere immesso nel possesso delle cose dal colono ipotecate per lo prezzo del suo fitto (4). L'interdetto *quasi-Salviano* si accorda a qualunque creditore contra il possessore della cosa statagli obbligata, onde possa acquistarne il possesso (5).

§. 1298. Laonde questi interdetti differiscono dalle azioni Serviana e quasi-Serviana, nell'istesso modo che l'interdetto sulle successioni pretorie differisce dalla petizione di eredità (6). 1° Nelle azioni Serviana e quasi-Serviana fa mestieri provare che la cosa sia ne' beni del debitore (7), e nell'interdetto Salviano, che la cosa sia stata immessa nel predio affittato (8): 2° Le menzionate azioni si danno contra qualunque possessore: ma l'interdetto di cui trattiamo si accorda soltanto direttamente contra il colono (9).

(1) *Leg. 1, § 16 ff. quod. legat.*

(2) *Leg. 1, §. 2. ff. Leg. un. Cod. quod legat.*

(3) Vedete in quest'opera il n° 3°, del §. 6o.

(4) §. 3, *Inst. h. t.*; *Leg. 1, ff. de Salv. interd.*

(5) *Dict. L. 1, §. 1, ff. eod.* (6) V. in questo Titolo il §. 1294.

(7) *Leg. 15, §. 1, ff. de pign.*

(8) *Leg. 1, pr. §. 1, seq. Leg. 2. ff. de Salv. interd.*

(9) *Leg. 1, Cod. de precar.*

§. 1299. Gl' interdetti immaginati per conservare il possesso (1) sono l' interdetto *uti possidetis* e l' interdetto *utrubi* (2).

§. 1300. L' interdetto *uti possidetis* compete a colui che nel tempo della contestazione in causa tiene una cosa, ma non *per forza* nè *clandestinamente* nè *precariamente* (3), contra il turbatore, acciò desista dalla turbativa, dia cauzione di astenersene e nel tempo stesso paghi i danni-interessi (4).

§. 1301. Al contrario, l' interdetto *utrubi* compete a colui che nel tempo della contestazione della lite possiede una cosa mobile, ma non *per violenza* nè *clandestinamente* nè *precariamente* (5), contra colui che lo turba, onde cessi di turbarlo, dia cauzione e paghi i danni-interessi.

§. 1302. L' uso del foro ha esteso questi interdetti alle servitù a' diritti alla superficie all' usufrutto ed anche a' diritti de' coloni (6).

§. 1303. L' interdetto *per recuperare il possesso*, detto *unde vi*, compete a colui che per violenza fu espulso dal possesso di una cosa immobile, e al di costui erede (7), contra chi lo privò del possesso (ma non contra il di costui erede se non in quanto a ciò che gli pervenne) (8), onde far restituire il possesso co' frutti ed ogni vantaggio percepitone, come altresì per far pagare i danni cagionati coll' aver privato l'attore del possesso (9), non che i danni-interessi nel caso che abbia cessato di possedere (10).

§. 1304. Nella pratica si è immaginato un rimedio legale piuttosto per interpretazione che per lo testo preciso del canone *Redintegrandas* 3, *causs.* 3, et

(1) Vedete il §. 1291 in questo Titolo.

(2) §. 4, *Inst. h. t.* (3) *Leg.* 1, §. 8 et 9, *ff. uti possidetis.*

(4) *Leg.* 1, §. 4, et 9, *ff. Leg. un. Cod. uti possid.*

(5) *Leg. un.* §. 1, *ff. utrubi*; et §. 4, *Inst. h. tit.*

(6) *SAND. lib.* 5, *tit.* 4, *Def.* 2.

(7) *Leg.* 1, §. 44, *ff. de vi et vi arm.*

(8) *Leg.* 1, §. ult. *Leg.* 2, *Cod. eod.*

(9) §. 6, *Inst. h. t.* (10) *Leg.* 15, *ff. eod.*

cap. 18, X. *de restit. spol.* cioè l'azione di spoglio, colla quale colui che viene spogliato revindica il mobile non solo, ma anche l'immobile, dalle mani di colui che lo spogliò, come altresì dalle mani di qualunque possessore (1).

§. 1305. Alcuni interdetti son *semplici*, allorchè facilmente si conosce chi è che possiede, e per conseguenza il convenuto: per esempio l'*interdetto sulle successioni pretorie* (*quorum bonorum*), sui *legati* (*quod legatorum*), il *Salviano*, quello detto *unde vi*. Altri son doppii, nè quali ciascuna delle due parti può considerarsi nel tempo istesso e attore e reo convenuto: tali sono l'*interdetto uti possidetis* e l'*interdetto utrubi* (2).

§. 1306. Questi interdetti presentemente sono frequentissimi nel foro, e vengono chiamati *rimedii possessorii*.

§. 1307. Tutti gl'interdetti han ciò di comune, che son personali e nascono da diritto personale (3).

§. 1308. Sì fatti rimedii pertanto si dividono in *sommarii* e *ordinarii*, e fra queste due specie ci ha di differenza, 1° che ne' *sommarii* si esamina l'ultimo possesso e quello del momento e negli *ordinarii* si esamina il più antico: sicchè colui che succumbe nel rimedio sommario ha tuttavia da sperimentare il rimedio ordinario. 2° Che nel primo si esamina soltanto se il possesso sia pacifico, senza entrar nell'esame da cui rilevare se sia violento, clandestino, o precario: nel secondo si fa attenzione alle qualità del possesso. 3° Che nel primo si procede senza osservar le solennità di diritto e senza strepito giudiziario: nel secondo si procede coll'ordine consueto, e la causa si discute con maggior ponderazione. Al *possessorio* si oppone il *petitorio* il quale non può intentarsi senza esser prima terminato il giudizio sul possessorio (4).

(1) ZIEGL. *Com. ad can. redintegr.* GAIL. lib. 2, Osb. 75.

(2) Leg. 2, pr. ff. §. ult, *Inst. h. tit.*

(3) L. 1, §. 3, ff. *de interdici.* (4) Leg. 18, §. 1, ff. *de vi. Cap. significaverunt.* 36, X, *de test. et attest.*

TITOLO XVI.

Della pena contra i litiganti temerarii.

SOMMARIO:

§. 1309 Senso in cui vien presa in questo titolo la voce *pena*: come si reprimere la temerità de' litiganti -- 1310 *Giuramento di calunnia*: sue specie -- 1311 Da chi e in quali occasioni deesi prestare il giuramento generale -- 1312 Da chi e quando viene deferito il giuramento speciale -- 1313 Disusanza del giuramento generale -- 1314 *Pena pecuniaria*; secondo modo di punire la temerità de' litiganti -- 1315 Terzo modo la *marca d'infamia*.

§. 1309 Le *pene* de' litiganti *temerarii* qui sono i mezzi onde reprimere la di costoro temerità (1). Or questa temerità vien repressa col giuramento di calunnia, colla pena pecuniaria, e coll' infamia (2).

§. Il giuramento di calunnia (*calumniæ iurandum*) è quello col quale le parti o i loro avvocati giurano esser essi nella ferma convinzione della giustizia della loro causa. Esso è o generale o speciale. Il generale vien prestato dal convenuto, dall' attore e dagli avvocati. Il convenuto giura che la sua causa gli sembra giusta, che non sarà per negare scientemente la verità nè portare a lungo la lite: l' attore giura aver egli intentato la dimanda non per sostenere l' ingiustizia, o opprimere l' avversario, ma perchè crede giusta la sua causa, e non sarà per avvalersi di false pruove: finalmente i rispettivi avvocati giurano sembrar giusta sino allora la causa de' rispettivi clienti, e cessare di patrocinarla scoprendo di non esserla (3).

§. 1311. Il giuramento generale deesi da tutti prestare, tranne dagli ascendenti, dai patroni (4) e da tutti gli altri cui è dovuto il riperetto (5). Deesi prestare in tutte le cause, tranne le criminali, perchè

(1) *Ubero, Prael. ad Inst. h. t.*

(2) *pr. Inst. h. tit.*

(3) *Leg. 2, Cod. de iurejur. propter cal.; Leg. 14, §. 1, Cod. de iudic.; Nov. 49, cap. 3.*

(4) *Leg. 16, ff. de iurjur. Leg. 34, §. 4, ff. cod.*

(5) *2, Feud. 37. §. 1.*

Ein. T. II.

dalla parte del reo ci sarebbe giusta ragione da sospettarlo spergiuro. Deesi prestare *per necessità*, se importi all'attore che la sua dimanda non sia dichiarata inammissibile, e al convenuto di non esser condannato (1).

§. 1312. Il giuramento *speciale*, detto di malizia (2), viene deferito o dall'avversario o dal giudice, allorchè in qualunque stato del giudizio si travedesse un sospetto di calunnia, specialmente quando alcuno deferisca il giuramento a un altro (3), o dimandi la esibizione de' titoli o di qualche altra cosa, o faccia nunciazione di nuova opera (4).

§. 1313. Il *giuramento generale* è fuori uso non solo in alcune provincie della Germania, ma benanche in Olanda.

§. 1314. Un altro modo di punire la temerità dei litiganti è la *pena pecuniaria* (5); imperocchè, 1° in diritto romano la condanna per colui che nega è delle volte aumentata (6), il che al presente avvien di rado: 2° colui che succumbe è condannato al pagamento delle spese in favore dell'avversario, quando però non avesse avuto plausibili ragioni per litigare (7); 3° se qualcuno avesse chiamato in giudizio chi non doveva, anticamente veniva condannato alla multa di cinquanta solidi (8). Ciò al presente non è più in uso.

§. 1315. Finalmente, sono notati d'*infamia* 1° coloro che vengono condannati in lor proprio nome per delitto privato (tranne per la legge Aquilia) o pubblico o per causa di dolo; e altresì 2° ne' quattro contratti che indicammo nel n° 2° del §. 785 (9).

(1) *Auth. princ. C. de jurejur. prop. calum.*

(2) *Cap. 2, §. ult. de jurejur. cal. in 6.*

(3) *Leg. 24, §. 4, Leg. 37 ff. de jurejur.*

(4) *Leg. 5, §. 14. ff. de oper. nov. nunc.*

(5) Vedete il §. 1309 al principio di questo Titolo.

(6) Vedete il §. 1177 di questi Elementi.

(7) §. 1, *Inst. h. tit.*; *Leg. 79, pr. ff. Leg. 13 §. 6, Cod. de judic.*

(8) *Leg. 1, §. 2, ff. de jus voc.*

(9) §. 1, 2 *Inst. h. t.* Vedete il citato n° 2° del §. 785.

TITOLO XVII.

Dell' ufizio del giudice.

SOMMARIO.

§. 1316 Ragion dell' ordine -- 1317 Differenza tra le funzioni di magistrato e quelle di giudice -- 1318 *Giurisdizione, imperio*: a chi compete l'una e l'altra -- 1319 Quando la giurisdizione andava congiunta al potere esecutivo -- 1320 *Imperio puro* e *imperio misto* -- 1321 In che consiste l'uno e l'altro -- 1322 A chi compete -- 1323 *Giurisdizione volontaria e contentiosa*: esercizio dell' una e dell'altra -- 1324 *Giurisdizione ordinaria e straordinaria* -- 1325 *Giurisdizione propria, delegata e prorogata* -- 1326 Nuova giurisdizione detta *patrimonio* -- 1327 e 1328 Diritto odierno circa la giurisdizione -- 1329 Distinzione dell' ufficio del giudice in *mercenario e nobile* -- 1330 a 1332 Norma del giudice nel giudicare -- 1333 Effetti del giudizio di divisione di eredità o di divisione delle cose comuni o della fissazione de' termini; effetti de' giudizi su altre materie.

§. 1316. Dopo aver trattato dell' attore e del convenuto, rimane a far parola del *giudice*.

§. 1317. In Roma si distinguevano le funzioni di *magistrato* da quelle di *giudice* (1). I *magistrati* esercitavano *giurisdizione* e *imperio misto*: i *giudici* la semplice cognizione delle cause (2). Ciò che aveva luogo innanzi a' magistrati dicevasi fatto in *diritto*: ciò che si faceva innanzi a' giudici dicevasi fatto in *giudizio* (3). Il magistrato conosceva del *diritto*, il giudice conosceva del *fatto* (4). Allorchè il pretore prendeva cognizione e del diritto e del fatto, il giudizio dicevasi *extraordinario* (5). Tali erano per diritto nuovo gl'*interdetti* (6) e gli altri *giudizii straordinarii* (7).

§. 1318. Del resto, secondochè il magistrato esamina o cause civili o cause criminali, esercita o *giurisdizione* o *imperio*: la *giurisdizione* è la conoscenza appartenente per diritto della magistratura (8) (a).

(1) Vedete il §. 1181, *ivi*.

(2) *Leg. 15, ff. de re jud.* (3) *Schilt. Exerc. 7, §. 3.*

(4) Vedete in questi Elementi la nota del §. 853.

(5) *Leg. 178, §. ult. ff. de verb. sig.*

(6) Vedete in questi Elementi il §. 1287.

(7) *tit. ff. de extr. cognit.*

(8) *Cuiacio, Paratit. ad tit. ff. de juridic.*

(a) Ma perchè in questa definizione non si comprendono nè gli atti della giurisdizione straordinaria, nè la giurisdizione volontaria,

L'imperio al contrario era la potestà armata (1).

§. 1319. E però, siccome colui al quale accordavasi la giurisdizione presumevasi abilitato a valersi di quelle cose senza le quali la giurisdizione non può aver esecuzione (2), così i Romani stimarono unire alla giurisdizione una parte dell'imperio consistente nell'eseguire e nel reprimere civilmente le resistenze. Sicchè la giurisdizione, in quanto riguarda la cognizione delle cause, non va disgiunta dal potere esecutivo (3).

§. 1320. Da ciò deriva la divisione dell'imperio in *puro* e *misto*. Il puro non s'intende l'arbitrario o illimitato, ma nel senso che si oppone al misto, cioè che è separato dalla giurisdizione, come presso i Greci τὸ ἀπαρτὸν τῷ μυχθῖντι (4).

§. 1321. Perciò il mero imperio è la potestà delle armi accordata da legge particolare per la punizione de' delinquenti (5). L'imperio misto è la potestà unita alla giurisdizione (6). E siccome la potestà dell'armi non può sussistere senza una specie di cognizione di causa (7), così del pari la potestà di esecuzione e di correzione è annessa alla giurisdizione, perchè altrimenti questa sarebbe nulla senza la facoltà di far eseguire le decisioni (8).

§. 1322. Dunque colui che esercita la giurisdizione ha ordinariamente il *misto imperio*, ma chi ha il *misto imperio* non ha per ciò anche l'*imperio puro* (9).

può questa facoltà definirsi il potere di dare, di dire, di aggiu-
dicare in conformità delle leggi, o per effetto delle funzioni
inerenti al magistrato, o per ordine dello stesso in virtù di
una legge particolare. Questa definizione è stata da noi sviluppata
nella nostra Dissertazione de locatione conductione jurisdictionis.

(1) Sign. de jure civ. rom. lib. 1, cap. 2.

(2) L. 2, ff. de jurid. (3) L. 6, pr. ff. de offic. procos.

(4) Vedete le nostre Pandect, p. 4, nota del §. 245.

(5) Leg. 3, ff. de juridict.

(6) dict. Leg. 3, ff. de juridict.

(7) Vedete in questo Titolo §. 1319.

(8) Leg. 1, §. ult. Leg. ult. §. 1, ff. de off. ejus. cui mand.
est. juridict. (9) Leg. 1, §. ult. ff. cod.

Ci sono però de' casi in cui la giurisdizione non ha l'imperio misto. Possono citarsi in esempio i magistrati municipali, a' quali comunemente si crede appartenere piuttosto la giurisdizione che l'imperio (1).

§. 1323. La giurisdizione o è *volontaria* o *contenziosa*. La prima si esercita *inter volentes*, come per l'adozione la manumissione la emancipazione: la seconda *tra persone*, alcune delle quali vi si rifiutano, e ciò con cognizione di causa, come per tutte le azioni (2). La prima può esercitarsi da un magistrato qualunque, purchè avesse l'azione della legge (3): la seconda soltanto da un giudice competente (4). La prima anche in giorno di festa (5) e fuori del tribunale (6), anzi in casa propria (7): la seconda esige il contrario.

§. 1324. Si divide inoltre in *ordinaria* e *extraordinaria*. La giurisdizione *ordinaria* è attribuzione che compete per lo diritto della magistratura, come la facoltà di emettere una decisione, di dare un giudice, di prestar mano alla esecuzione. La *extraordinaria* è deferita con legge speciale, come la dazione del tutore. (8). La prima può conferirsi con mandato, la seconda non può conferirsi (9).

§. 1325. Si divide in *propria*, *delegata* e *prorogata*.

La giurisdizione *propria* compete per diritto della magistratura, e perciò per proprio diritto (10): la *delegata* si esercita da un magistrato in nome di un altro (11): la *prorogata* si esercita oltre i suoi limiti,

(1) Leg. 4. ff. de jurisd. Leg. 26, pr. et §. 1, ff. de municipal. (2) Leg. 2, Leg. 3, ff. de off. proc.

(3) Vedete il n° 2 del §. 69 di questi Elementi.

(4) Leg. 20, ff. de jurisd. (5) Leg. 8, Cod. de feriis.

(6) Leg. 36, pr. ff. de adopt.; §. 2, Inst. de libertin. Vedete il §. 100 di questi Elementi.

(7) Leg. 3, Leg. 14, ff. de adopt.

(8) Leg. 7, §. fin ff. de offic. proc.

(9) Leg. 1, pr. ff. de offic. ejus cui mand. est jurisd.

(10) Leg. 5, 6, ff. de jurisd.

(11) Leg. 5, Leg. 16, ff. eod.; Leg. 1, Leg. 3, ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.

o per consenso espresso, o per consenso tacito delle parti, o per espressa disposizione della legge (1).

§. 1326. Al presente si aggiugne un'altra giurisdizione alle suindicate specie, ed è ovunque in pratica. Compete la medesima a' possessori de' predii rustici sui villani, e può esser venduta, locata, e in altri modi anche alle donne trasferita; e perciò suole denominarsi *patrimonio*: ma nel §. 131 dicemmo dover essa ripetersi da quell'antica potestà de' patroni sui servi e sugli uomini proprii, ossia dalla potestà dominicale rivestita colle divise della giurisdizione.

§. 1327. Oggi non più si osserva la distinzione tra le cose fatte in *diritto* e quelle fatte in *giudizio*; imperocchè presso i Romani era cessato l'uso di dare i giudici pedanei, non già dal tempo di Diocleziano, come certuni desumono della legge 2, *Cod. de pedan. jud.* (2), ma prima di Giustiniano (3). Già mai siffatte distinzioni furono in uso presso i popoli della Germania, e con tal prevenzione fa mestieri intendere i giureconsulti allorchè dicono che al presente tutti i giudizi sieno straordinarii (4).

§. 1328. E perchè al presente tutti i giudizi sono straordinarii (5), lo stesso magistrato prende cognizione della causa, profferisce la sentenza, e ne ordina la esecuzione.

§. 1329. Decidendo il magistrato non solo quando è richiesto, ma altresì di officio, o per equità anche non adito, il suo officio vien perciò da' dottori diviso in *mercenario* e *nobile*. Di ciò si occupa il titolo del Codice *ut quae desunt adv. judex suppleat*.

§. 1330. Dee il giudice emettere le sue sentenze in conformità delle leggi, costituzioni e usanze (6). Le consuetudini locali, gli statuti sono le prime regole: nel silenzio si tien ricorso al diritto comune (7).

(1) L. 18, ff. de jurisd.; L. 1, Leg. 2, ff. de Judic.

(2) Vedeite Gerardo Noodt, de jurisd. et imp. lib. 1, cap. 15, pag. 148, seq.

(3) §. ult. Inst. de interd. (4) dict. §. ult. Inst. de interd.

(5) Come si è or ora veduto nel §. antecedente.

(6) Pr. Instit. h. tit. (7) V. in questi Elem. il n° 7° del §. 17.

§. 1331. Giustiniano riporta alcuni esempi di ciò che deve il giudice osservare nelle diverse azioni e specialmente in quelle di divisione (1).

§. Dee il giudice ordinar la esecuzione della cosa giudicata, ma può altresì accordar qualche respiro, qualora il convenuto condannato a pagare una determinata somma dia cauzione di adempiere fra un tempo stabilito (2). Se il debito consista in danaro, il convenuto ha quattro mesi di respiro per lo adempimento (3): se poi consista in una specie, deesi questa restituire al momento (4).

§. 1333. Le specie determinate che si aggiudicano con giudizio di divisione di eredità o di divisione delle cose comuni, o della fissazione de' termini, passano senza tradizione (5) in piena proprietà di colui al quale sono aggiudicate (6), purchè non sia la cosa aliena; imperocchè allora si trasferisce soltanto la facoltà di di prescrivere (7). Nelle altre materie le sentenze non trasferiscono la proprietà, nè alcun diritto reale; perchè la sentenza non dà proprietà, ma la dichiara (8): dal che risulta che l'azione della cosa giudicata non sia reale, ma personale.

(1) §. 1, seq. *Inst. h. t.*

(2) §. 2, *Inst. h. tit.*

(3) *L. ult. C. de exer. rei jud.*

(4) *L. 9, ff. de rei vind.*

(5) Vedete la nota seconda del §. 339 di questi Elementi.

(6) *Ulpiano Fragm. tit. 19, §. 16 et §. ult. Inst. h. t.*

(7) *Leg. 17, ff. de usucapionibus.*

(8) *Leg. 8, §. 4, ff. si serv. vind.*

TITOLLO XVIII.

De' giudiziî pubblici (a).

SOMMARIO.

- §. 1334 Divisione de' delitti in *privati* e *pubblici* — 1335 In che i delitti pubblici differiscono da' privati — 1336 Pena *capitale*: pena non *capitale*; in che consiste l'una e l'altra — 1337 Enumerazione delle pene capitali ricevute presso i Romani; e delle pene non capitali — 1338 Giudizii *pubblici*: giudiziî *straordinarii*: de' primi si tratta in questo Titolo: de' secondi nel libro XLVII delle Pandette — 1339 Enumerazione delle leggi esistenti sui giudiziî pubblici — 1340 Disposizioni della *legge Giulia sulla Maestà* — 1341 *Alto tradimento* in che consiste: quando si è colpevole di *lesa Maestà* — 1342 Singolarità che accompagnano l'enormità de' reati indicati nel numero antecedente — 1343 Enumerazione delle pene inflitte al reato di alto tradimento — 1344 E delle pene inflitte al reato di *lesa Maestà* — 1345 Disposizione dell'articolo 129 della *Nemesi Carolina* circa il reato di *lesa Maestà* — 1346 Disposizione della *legge Giulia sull'adulterio*: quali altri reati questa legge punisce — 1347 Definizione dell'*adulterio* — 1348 Come vien punito questo reato — 1349 A chi era concessa la vendetta privata per l'*adulterio* — 1350 Diritto Germanico sull'*adulterio* — 1351 Pena per la *deboescia* — 1352 Definizione dell'*incesto*: come vien punito allorchè commettesi fra ascendenti e discendenti: e come fra gli altri gradi di parentela: diritto odierno — 1353 Definizione dello *stupro*: pena — 1354 Diritto Germanico circa lo stupro — 1355 *Lenocinio*: in che consiste: qual è la pena — 1356 Legge *Cornelia de sicariis*; omicida e omicidio — 1357 Definizione dell'*avvelenamento* o *Veneficio*; pena — 1358 Disposizione della Costituzione criminale Carolina per coloro che avvelenando uccidono; e per gli stregoni — 1359 *Legge Pompeja sui parricidii* — 1360 Pena inflitta al parricidio — 1361 Disposizione dell'art. 131 della costituzione criminale Carolina circa il parricidio — 1362 *Legge Cornelia de falsis*: quali reati punisce — 1363 Pena inflitta a' colpevoli di questi reati — 1364 Legge Giulia sulla violenza pubblica e privata; e sul ratto delle vergini e delle vedove — 1365 Come si punisce la violenza pubblica; e come la privata — 1366 Legge Giulia sul *peculato* e sui *sacrilegii* — 1367 Pena pel *peculato*: e pel *sacrilegio* — 1368 Legge Fabia sui *plagiari*; quali reati punisce; pena inflitta — 1369 Leggi Giulia sulla *concussione*, sul *monopolio*, sull'*annona*, sui *residui* — 1370 Diritto odierno circa i reati commessi da' particolari; usi locali per la repressione di questi reati.

§. 1334. Dicemmo nel paragrafo 1035 essere i delitti o *privati* o *pubblici*, la cui conoscenza compete non a' magistrati che esercitavano giurisdizione, ma, in tempo della repubblica romana, o a coloro che eser-

(a) Trattandosi qui de' giudiziî criminali, che son pubblici, dee il presente Titolo risguardarsi come un'appendice alle Istituzioni le quali non si occupano che del diritto privato (*Recitaz.*).

citavano il mero imperio, o se trattavasi di reato capitale di un cittadino, al popolo medesimo. Sotto gli imperadori poi, al prefetto in città, al preside in provincia. Di tali cose Giustiniano se ne occupa nella fine del suo quarto libro delle Istituzioni.

§. 1335. Questi reati pubblici differiscono molto dai privati; imperocchè 1° vengono puniti non ad istanza de' particolari che ci hanno interesse, ma dello stato; Quindi 2° ciascuo ha dritto di accusare quando la legge non lo proibisca (1), purchè 3° l'accusatore si iscriva per la pena del reato, cioè si assoggetti nel suo libello alla pena del taglione qualora nel tratto successivo venisse convinto di calunnia (2). Più, 4° non è l'attore che in questo caso agisce per far applicare la pena pecuniaria, ma un accusatore per la pubblica vendetta.

§. 1356. La pena è *capitale* o non *capitale*. La prima toglie o la vita naturale o la civile (3): l'altra non toglie nè l'una nè l'altra, cioè nè la libertà, nè la città (4).

§. 1337. Le *pene capitali* ricevute presso i Romani erano la condanna alla forca, a essere bruciato vivo, a esser decapitato, a' lavori forzati nelle miniere, alla deportazione in un'isola (5). Le *pene non capitali* erano la frusta, la flagellazione, la condanna a' lavori delle opere pubbliche, la relegazione, l'infamia, la destituzioni dalla dignità (6).

§. 1338. E siccome queste pene o sono determinate da certe leggi sui giudizi pubblici, o non ci son leggi che le abbiamo fulminate, così le prime si dicono giudizi *pubblici*, le seconde *extraordinarii* (7). Questi ultimi stanno esposti nel libro XLVII del Digesto: i primi formano la materia del presente titolo nelle Istituzioni.

1339. Le leggi esistenti sui giudizi pubblici sono

(1) §. 1, *Inst. h. t.* (2) *Leg. 7, pr. Leg. ult. Cod. de accus. et inser., Leg. ult. Cod. de Calumn.*

(3) Vedete la nota del §. 223 di questi Elementi.

(4) *Leg. 6, §. ult. ff. de poen.*; §. 2, *Inst. h. t.*

(5) *Leg. 28, pr. §. 11, Leg. 9, seq. ff. de poen.*

(6) *Leg. 6, §. ult. Leg. 7 et 8, pr. Leg. 28, ff. de poen.*

(7) Vedete in questi Elementi il §. 1036.

1° la legge Giulia sulla maestà. 2° la legge Giulia sull'adulterio, 3° la legge Cornelia sul falso; 6° la legge Giulia sulla violenza pubblica e privata; 7° la legge Giulia sul peculato e sui residui; 8° la legge Fabbia sui plagiarj; e 9° la legge Giulia sul monopolio, sulle concussioni e sull'annona.

§. 1340. 1° La legge Giulia sulla Maestà, emanata da Giulio Cesare (1), ordina la punizione di tutti coloro che abbiano tramato contra il supremo potere (2), e perseguita il reato di alto tradimento (*perduellionis*) e quello di lesa Maestà (5).

§. 1341. Si è colpevole di *alto tradimento*, allorchè si manifestano sentimenti ostili contra il Principe (4). Si è colpevole di *lesa maestà* allorchè si attenta ai diritti della Maestà, o quando con parole, con azioni senza verun sentimento ostile, si oltraggia la Maestà del Principe (5).

§. 1342. L'enormità del reato ha fatto qui ideare parecchie singolarità, cioè 1° che coloro i quali per altre cause vengono proibiti di accusare, in questa circostanza il possano (6); 2° che non si ammettano avvocati (7); 3° che la sentenza di condanna sia inappellabile (8); 4° che sieno ammissibili que' testimoni che in altri casi non possono testare (9); 5° che sia anche delitto di lesa Maestà, qualora si commetta contra i ministri del principe (10); 6° che sia punibile il semplice progetto, la sola cognizione, ed anche il silenzio del consapevole (11) (a).

(1) Cicerone, Philip. 1, *

(2) §. 5, Inst. h. t.; Leg. 1, §. 1, ff. ad Leg. Jul. Majest.

(3) Leg. ult. ff. cod.; Leg. ult. ff. de abolit. crim.

(4) Leg. 1, Leg. 2, Leg. ult. ff. ad leg. Jul. Majest.; §. 3, Inst. h. t. (5) Leg. 6, Leg. 7, Leg. ult. ff. cod.

(6) Leg. 7, pr. §. 1, 2, Leg. 8, ff. cod.

(7) Leg. 5, §. 2, Cod. cod.

(8) Leg. 6, §. 9, ff. de injust. rupt. irr. test.

(9) Leg. 7, §. 1, Cod. ad leg. Jul. Majest.

(10) Leg. 5, pr. Cod. h. tit.

(11) §. Leg. 5, §. 6, 7, Cod. cod.

(a) Par che si debba così stabilire in virtù di questa legge, co-

§. 1343 La pena del reato di *alto tradimento* è 1° l'ultimo supplicio (1); 2° la condanna della memoria dopo la morte (2); 3° la confisca de' beni (3); 4° l'esclusione de' figli dall'eredità materna, da quella de' loro avi, e di tutti i parenti; non che da qualunque successione che potesse esser loro deferita con testamento; come pure la esclusione da qualsivoglia dignità. Rispetto all'eredità materna, questa vien ristretta alla legittima delle figlie (4).

§. 1344. I colpevoli del reato di lesa Maestà specialmente detto, a seconda della qualità di esso, vengono condannati o alla pena capitale o alla relegazione: la pena però, qualunque sia, non si estende a' figli (5).

§. 1345. Coll'articolo 129 della Nemesi Carolina, questa legge atroce fu confermata. In virtù della medesima il colpevole non è soggetto alla sola scure, ma gli si divide il corpo in quattro parti, le quali si sospendono ne' luoghi pubblici: gli usi odierni neppure abboriscono un tal supplicio.

§. 1445. 2° La legge Giulia su gli adulterii punisce non solo gli adulterii ma anche la *nefanda e mostruosa deboscia*, l'incesto, lo stupro e il commercio delle prostitute. Presso i Romani la dissolutezza delle meretrici, creduta abbastanza punita colle turpitudine della stessa professione, non fu soggetta a veruna pena civile (6).

§. 1347. L'*adulterio* è la violenza adoperata contra una donna maritata o promessa in isposa a un me fa *Bartolo*; ma Baldo Cons. 1, 34 è di parere che per sì fatta opinione l'anima di Bartolo sia a penar nell'inferno. Nella pratica io penserei come Baldo, malgrado che il sentimento di Bartolo trovisi poggiato nella legge 5, Cod. de Majest.

(1) Leg. 5, pr. §. 6, Cod. eod. (2) §. 3, Inst. h. t.

(3) Leg. ult. ff. Leg. 5, 6, 7, 8. Cod. eod.

(4) Leg. 5, §. 1, 3, 6, ff. eod.

(5) §. 3, Inst. h. t.; Leg. 24, ff. de poen.; arg. Leg. ult. ff. et Leg. 5, pr. §. 1, Cod. h. t.

(6) Leg. 12, Leg. 29, §. 1, Cod. ad Leg. Jul. de adult.; Leg. 13, §. 2, ff. eod.

altro (1). Perciò, giusta i principii del diritto romano, l'adulterio si commette non solo da un marito, ma anche da un celibe il quale sedotto avesse la moglie o la sposa altrui: non è così di un uomo ammogliato che ebbe commercio con donna nubile, quale è soltanto colpevole di stupro (2). Ma giusta i principii del diritto Canonico (3) qualunque violazione della fede coniugale chiamasi adulterio.

§. 1348. Secondo questa legge l'adulterio vien punito colla severità dei giudizi pubblici, e in alcuni casi colla *vendetta* privata. La pena pubblica comminata dalla legge Giulia non era quella della scure, come dice Giustiniano (4), ma la relegazione in un'isola, e la confisca della metà de' beni dell'alturo, e della metà di quelli dell'adultera, non che della metà della di costei dote (5). In seguito Costantino ordinò che la pena per l'adulterio fosse capitale (6). Giustiniano poi volle che la moglie adultera fosse rinchiusa in monastero dopo essere stata battuta, e se il marito non la ripigliava dopo due anni, dovea esser rasata (7).

§. 1349. La vendetta privata è permessa al marito e al padre dell'adultera. Il marito non può uccidere la moglie adultera, ma soltanto l'adultero, purchè lo abbia sorpreso in casa dopo averlo tre volte avvertito in presenza di tre testimoni almeno. Il padre poi ha dritto di uccidere l'adultero di sua figlia di famiglia insiem con questa, qualora l'abbia sorpresa in adulterio, o nella propria casa, o in quella del genero (8).

§. 1350. In alcune provincie della Germania l'adulterio vienè al presente punito colla scure.

(1) *Leg. 6, §. 1, Leg. 13, §. 2, Leg. 34, §. 1, ff. sod.*

(2) *Leg. 6, §. 1, ad Leg. Jul. de adult.*

(3) *Can. 15, caus. 32, qu. 5.*

(4) Nel §. 4, *Inst. h. t. Leg. 19, Cod. de trans. et Leg. 9, Cod. ad. leg. Jul. de adult.*

(5) *Paolo, Rec. sent. lib. 2, tit. 56, §. 14.*

(6) *Leg. 30, §. 1, Cod. ad leg. Jul. de adult.*

(7) *Nov. 134, cap. 10.*

(8) *Leg. 20, seq. ff. al leg. Jul. de adul. Nov 117, cap. 15.*

§. 1351. La pena della *nefanda e mostruosa deboscia* è pur capitale (1). L'art. 116 della costituzione Criminale Carolina fulmina per questo sudicio reato la pena di esser bruciato vivo (2).

§. 1352. L'*incesto* è la *coabitazione tra persone cui per consanguineità o per affinità vien proibito* (3). Questo delitto commesso tra ascendenti e discendenti è punito colla deportazione; tra gli altri gradi con pena arbitraria. (4). Al presente, qualora il reato sia commesso tra persone il cui congiungimento vien proibito dal diritto Divino (5), la pena è capitale. In alcuni luoghi se l'unione ebbe luogo tra ascendenti e discendenti, la pena è quella della scure; se tra persone che si tengon luogo di genitori e di figli, o di fratelli e sorelle, la pena è la frusta; e tra persone di gradi più remoti, la relegazione (6).

§. 1353. Lo *stupro* è la *coabitazione con una vergine o con una vedova onesta* (7). Per dritto romano la pena di questo reato per i magnati è la confisca della metà de' beni, per la gente volgare è una pena corporale colla relegazione (8). Lo stupro con violenza vien punito coll'ultimo supplizio. (9).

§. 1354. Per le consuetudini Germaniche il diritto Divino (10) è talmente rispettato, che il reo di stupro vien costretto o a dotare la vergine di cui abusa o a sposarla (11). Facendo o l'una o l'altra cosa, la pena è pecuniaria, o la carcerazione per alcuni giorni: se poi la vergine sia stata stuprata colla speranza che se le fece concepire di matrimonio, il reo è assolutamente obbligato a sposarla: e allora i due sposi sog-

(1) Leg. 31, Cod. ad leg. Jul. de adult, §. 4. Inst. h. t.

(2) Leg. 41, Cod. de adult.

(3) Leg. 3, Leg. ult. Cod. de incest. nupt. Vedete in questi Elementi il §. 152 e seguenti.

(4) Leg. 5, ff. Nov. 12, cap: 1, Leg. ult. ff. de ritu nupt.

(5) Levit. cap. 18 et 20.

(6) Carpzovio, pract. Crim. quaest. 73.

(7) Leg. 6, §. 1, Leg. 34, pr. §. 1, ff. ad Leg. Jul. de adult.

(8) §. 4, Inst. h. t. (9) L. 1, §. 2, ff. de extraord crim.

(10) Deut. cap. 12, v. 29. (11) cap. 1, 2, X de adult.

giacciono alla stessa pena. In altre parti la pena è soltanto pecuniaria.

§. 1355. Il *lenocinio* è il reato di colui che per oggetto di guadagno prostituisce ad altri le donne (1). Chi prostituisce la propria moglie o la propria figlia, soggiace alla pena capitale: per gli altri la pena è pecuniaria (2). Seguono lo stesso diritto e la Costituzione criminale Carolina art. 132, e le costumanze.

§. 1356. 3° La legge Cornelia *de sicariis* punisce gli omicidii e gli avvelenamenti. L'omicida è quegli che uccide un uomo con dolo (3). Questo dolo è presunto, se l'omicidio fu commesso con un arma (4). L'omicidio in tal modo doloso vien punito con pena capitale (5); quello commesso per colpa si punisce con pena arbitraria (6); commesso poi a caso, è esente da pena, come l'omicidio per legittima difesa (7). Tal' è il nostro diritto vigente, se non che gli autori dell'assassinio i quali condussero gli esecutori son puniti colla scure. Gli assassini che locarono la loro opera, come altresì i ladroni (8), soglion andar soggetti alla pena di essere franti vivi (9).

§. 1357. L'avvelenamento o *veneficio* è il reato di colui che per uccidere un uomo adopera veleni, o che li fabbrichi o li venda o li amministri (10): è pure avvelenamento l'uccidere o tentar di uccidere un uomo con susurri o con magici incantesimi (11). La pena per questo reato è la capitale (12).

§. 1358. Coloro che avvelenando, uccidono, ven-

(1) Leg. 29, pr. ff. eod.

(2) Nov. 14, et Leg. 29, §. 3, ff. eod.

(3) Leg. 1, §. 3, Leg. 14, ff. ad Leg. Cornel. de sicariis.

(4) Leg. 1, §. 3, ff. eod.

(5) §. 5, Inst. h. t.; Gen. 9, v. 5, 6, Const. Crim. art. 147, seq. (6) Leg. 4, §. 1, Leg. 7, ff. eod.

(7) Vedete in questi Elementi il n° 2° del §. 1082.

(8) Vedete il §. 1079. ivi. (9) Carpzov. ibid. qu. 19.

(10) Leg. 1, §. 1, Leg. 3, pr. §. 1, 2, ff. eod.

(11) Leg. 13, ff. eod. §. 5, Inst. eod.

(12) §. 5, Inst. h. t.; Leg. 1, Leg. 4, Leg. 5, Cod. de malet. et mathem.

gono dalla Costituzione Criminale Carolina, art. 130, puniti colla frattura se nomini, se donne col esser cuciti in un sacco e soffogati nelle acque. Gli stregoni che avran recato nocumento con susurri e incantesimi, soggiacciono alla pena della mannaia. Coloro che patteggiarono espressamente col demonio, vengono bruciati vivi (1). In questa materia, involuppata da tanti errori volgari, uopo è che il giudice sopra ogni altro stia accorto a non abbandonarsi troppo alla credulità.

§. 1359. *La legge Pompeia* sui parricidii punisce gli accessori commessi tra prossimi parenti, come se alcuno uccidesse o il padre o la madre o l'avo o l'ava o il fratello o la sorella o lo zio paterno o la zia paterna o lo zio materno o la zia materna o il cugino o la cugina o la moglie o il marito o il genero o il suocero o il patrigno o il figliastro o la figliastra o il patrono o la patrona (2).

§. 1360. La pena è che il parricida frustato a sangue, cucito in un sacco con un cane un gallo d'India una vipera e una scimia, e involuppato in queste ferali angustie viene in sì fatto modo gittato nel mare o fiume più prossimo (3). In caso di troppa distanza dal mare o dal fiume, il parricida vien bruciato vivo o abbandonato alla discrezione delle belve (4).

§. 1361. La Costituzione criminale art. 131 ha confermato questa pena del parricidio quando si commette tra ascendenti e discendenti. Negli altri casi il colpevole è punito colla scure; e se il parricidio sia troppo atroce, prima dell'indicato supplizio il delinquente va soggetto a essergli bruciate alcune parti del corpo con tenaglie roventi (5).

§. 1362. 5° *Le legge Cornelia de falsis* punisce il

(1) *Constit. crim. Carol. art. 109.*

(2) *Leg. 1, pr. ff. ad leg. Jul. de parracid.* Vedete in questi Elementi il §. 111.

(3) §. 6, *Inst. h. t. Leg. 9, pr. ff. eod. Leg. un. Cod. de his qui par. vel. lib. occ.* (4) *Leg. 9, pr. ff. eod.*

(5) *Const. Crim. ibid. et art. 137.*

reato consistente nell'imitare o sopprimere fraudolentemente la verità per nuocere a un terzo (1). Sono colpevoli di questo reato coloro che commettono una falsità in un testamento o in altri atti o assumendo un altro nome o facendo una testimonianza o supponendo un parto o alterando le misure o adulterando le monete.

§. 1363. Per tutte queste falsità i servi soggiacciono all'ultimo supplizio: gli uomini liberi alla deportazione e alla confisca de' beni (2). Coloro che adulterano le monete son bruciati vivi, giusta la costituzione di Costantino (3), qual pena fu da Carlo V mantenuta in vigore (4) contra i coniatori che adoperino falso metallo, o abbiano scientemente messa in commercio la moneta falsa: il più delle volte sì fatti delinquenti vengono puniti colla mannaia. Capitale è altresì il reato del parto supposto (5), non che quello di falsa immunità concessa al tabulario della città (6). Gli altri reati di falsità si puniscono con pene arbitrarie, il che, al dir di Ueberò (7), ha luogo nella Frisia.

§. 1364. La legge Giulia reprime altresì la violenza pubblica e privata. La pubblica è una violenza atroce, soprattutto a mano armata, che compromette la pubblica sicurezza (8). La stessa legge punisce benanche il ratto delle vergini e delle vedove, non che la violenza posta in opera da una persona pubblica (9). La privata è una violenza meno atroce e commessa senz'armi (10).

(1) §. 7, *Inst. h. t.*; *Leg.* 16, §. 2; *Leg.* 23, ff. *Leg.* 20, *Cod. ad Leg. Corn. de fals.*

(2) *Leg.* 1, §. ult. *Leg.* 27, §. ult. *Leg.* 32, ff. *ad Leg. Corn. de falsis.* (3) *Leg.* 1, *Cod. de fals. men.*

(4) *Const. Crim. art.* 111.

(5) *Leg.* 1, *Cod. ad leg. Corn. de falsis.*

(6) *Leg.* 1, §. 1, ff. *ad leg. Corn. de sicar.*

(7) *Leg.* 1, *Cod. de imm. nem. conced.*

(8) *Praelect. ad tit. ff. ad leg. Corn. de fal.*

(9) *Leg.* 13, pr. et §. ult. ff. *ad Leg. Jul. de vi public.*

(10) *Leg.* 7, *Leg.* 10, pr. ff. *ad Leg. Jul. de vi public.*

(11) §. 8, *Inst. h. t.*

§. 1365. La violenza pubblica si punisce colla deportazione (1). Se si aggredisce la casa altrui a mano armata, e vi si commetta in tal modo un ratto, la pena è capitale (2). La violenza privata si punisce colla confisca della terza parte de' beni, e coll' infamia (3). Per la violenza pubblica al presente si pratica quasi lo stesso.

§. 1366. La legge Giulia sul peculato e sui sacrilegii punisce coloro che rubano il danaro pubblico, o il sacro che non amministrano (4).

§. 1367. La pena del peculato è la deportazione (5): talvolta è del quattruplo (6). Il sacrilegio vien punito ad arbitrio, e delle volte con pena capitale (7). Per lo sacrilegio di coloro che rubano la così detta *Monstrantia*, la pena è orribile (8) (*).

§. 1368. La Legge Fabia sui plagiarii punisce con la multa coloro che dolosamente nascondano o rubino uomini liberi, o servi altrui (9): nel tratto successivo, la pena divenuta arbitraria è talvolta capitale (10).

§. 1369. Ci sono inoltre le Leggi Giulie sulla *con-*
concussione o estorsione sul monopolio sull' annona
sui residui. Questi reati non si puniscono colla morte; e la depravazione degli attuali costumi li lascia sovente impuniti. Si è perciò che non vi ci fermiamo.

(1) dict. §. 8, *Inst. h. t.*

(2) L. 5, §. 2, L. 11, ff. *de vi publ.*; L. un. C. *de rapt. virg.*

(3) L. 1, pr. L. ult. ff. L. 2, C. *de vi priv.*; §. 8, *Inst. h. t.*

(4) §. 9, *Inst. h. t.*; L. 4, pr. L. 9, §. 2, ff. *ad L. Jul. de pecul.*

(5) Leg. 3, ff. *eod.*; §. 9, *Inst. h. t.*

(6) Leg. 6, §. ult. Leg. 69, pen. ff. *eod.*

(7) Leg. 4, §. 1, Leg. 9, pr. ff. *eod.*

(8) *Const. crim. art. 172.*

(*) L' autore termina il presente paragrafo nel seguente modo : *hodie, quum nobis res sacrae extra usum nullae sint, et poena furti plerisque locis satis atrox videatur, nihil caussae est cur sacrilegii et peculatus poena a poena furti discernantur.* Egli è visibile il compassionevolissimo errore del protestantismo.

(9) Leg. ult. ff. *ad leg. Fab. de plag.*

(10) Leg. 1, Leg. ult. §. 10, ff. Leg. 6, Leg. 7, et Leg. ult. *Cod. eod.*

§. 1570. Basta avvertire soltanto che le accuse pei reati commessi da' particolari sono al presente rarissime, e non v'ha quasi esempio. In certi luoghi il procurator fiscale, in altri il magistrato mercè informazioni perseguita i facinorosi e invigila acciò lo stato sia esente da cattivi soggetti *L. 3. ff. de offic. praes.*

Fine del secondo e ultimo tomo.

R E P E R T O R I O
D E I C A P I T O L I E T I T O L I
D E L S E C O N D O T O M O .



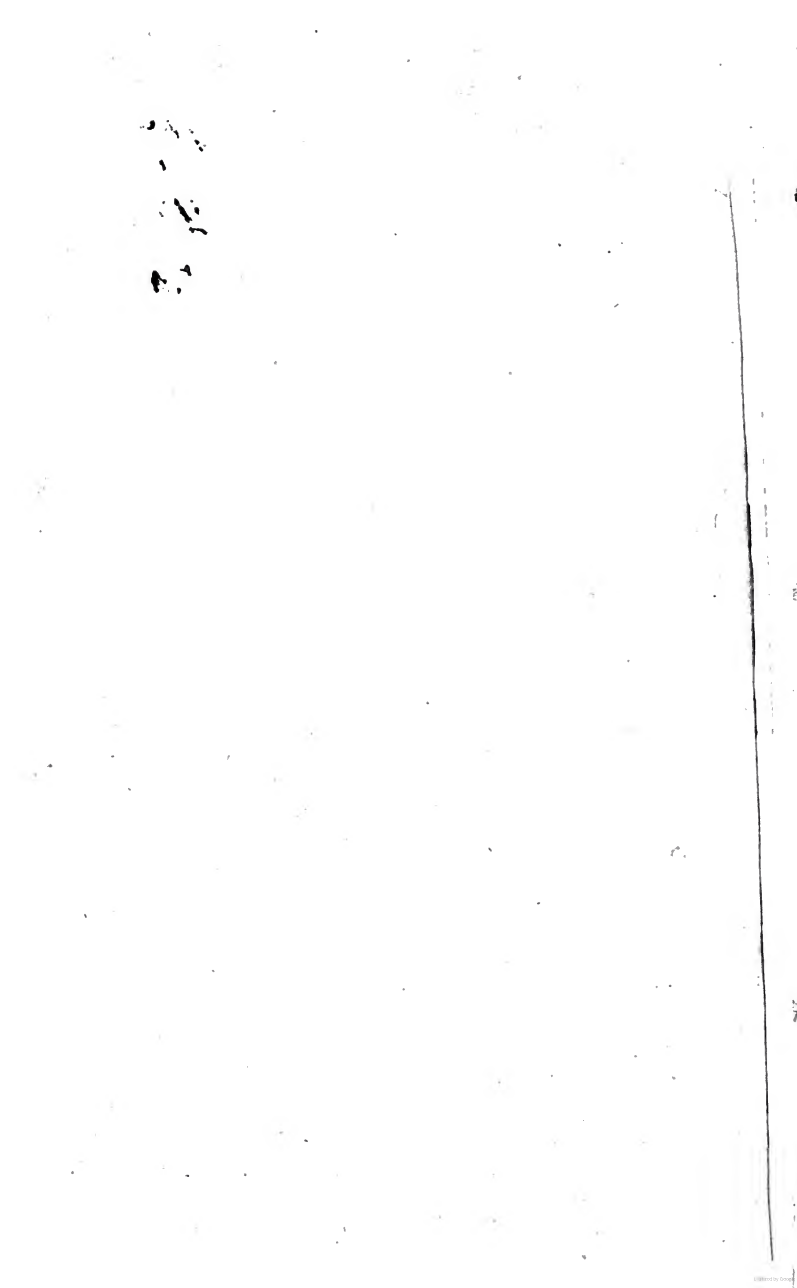
LIBRO TERZO — Delle Cose.

<i>Avvertimento del Traduttore.</i>	pag. 3
Tit. I. <i>Dell' eredità legittime.</i>	5
Tit. II. <i>Della successione legittima degli agnati.</i>	6
Tit. III. <i>Del Senato-Consulto Tertulliano.</i>	8
Tit. IV. <i>Del Senato-Consulto Orfitiano.</i>	9
Tit. V. <i>Della successione de' cognati.</i>	10
Tit. VI. <i>De' gradi di parentela.</i>	11
Tit. VII. <i>Della parentela de' servi.</i>	12
Tit. VIII. <i>Della successione de' liberti.</i>	13
Tit. IX. <i>Dell' assegnazione de' liberti.</i>	14
Tit. X. <i>Del possesso de' beni.</i>	16
Tit. XI. <i>Dell' acquisto per arrogazione.</i>	19
Tit. XII. <i>Di colui al quale si aggiudicano i beni per causa di libertà.</i>	21
Tit. XIII. <i>Delle successioni abrogate , le quali avean luogo colla vendita dei beni , e in virtù dal Senato-Consulto Claudiano.</i>	22
DELLA SUCCESSIONE ab intestato SECONDO LA	
NOVELLA 118.	
I. <i>Della successione de' discendenti.</i>	23
II. <i>Della successione degli ascendenti.</i>	24
III. <i>Della successione de' collaterali.</i>	28
IV <i>Della successione de' consorti.</i>	30
V. <i>Della successione del Fisco.</i>	31
<i>Dritto patrio sui titoli I a XIII.</i>	32
Tit. XIV. <i>Delle obbligazioni.</i>	33
<i>Diritto patrio sul titolo XIV e sui rimanenti di questo libro.</i>	35
Tit. XV. <i>In quali modi contraesi l' obbl. reale</i>	46
Tit. XVI. <i>Delle obbligazioni verbali.</i>	50
Tit. XVII. <i>De' due rei stipulanti , e de' due rei promettenti.</i>	62
	67

Tit. XVIII. <i>Della stipulazione de' servi.</i>	71
Tit. XIX. <i>Della divisione delle stipulazioni.</i>	72
Tit. XX. <i>Delle stipulazioni inutili.</i>	75
Tit. XXI. <i>De' Fidejussori.</i>	80
Tit. XXII. <i>Delle obbligazioni per iscritto.</i>	87
Tit. XXIII. <i>Delle obbligazioni consensuali.</i>	90
Tit. XXIV. <i>Della compra e vendita.</i>	92
Tit. XXV. <i>Della locazione e della conduzione.</i>	100
Del contratto enfiteutico.	106
Tit. XXVI. <i>Della Società.</i>	110
Tit. XXVII. <i>Del mandato.</i>	115
Tit. XXVIII. <i>Delle obbligazioni nascenti dai quasi-contratti.</i>	119
Tit. XXIX. <i>Mercè quali persone ci si acquista l'obbligazione.</i>	128
Tit. XXX. <i>In quali modi si estingue l'obbligazione</i>	130
LIBRO QUARTO.	
Tit. I. <i>Delle obbligazioni nascenti dal delitto.</i>	140
Tit. II. <i>Della rapina.</i>	151
Tit. III. <i>Della legge Aquilia.</i>	154
Tit. IV. <i>Delle ingiurie.</i>	158
Tit. V. <i>Delle obbligh. nascenti dal quasi-delitto.</i>	163
Tit. VI. <i>Delle azioni.</i>	167
Tit. VII. <i>Delle operazioni che si pretendono fatte con chi è soggetto all' altrui potestà.</i>	193
Tit. VIII. <i>Delle azioni per lo ristoro dei danni.</i>	201
Tit. IX. <i>Del danno cagionato da' quattrupedi, detto pauperie.</i>	203
Tit. X. <i>Di coloro mercè i quali possiamo agire.</i>	205
Tit. XI. <i>Delle soddisfazioni.</i>	209
Tit. XII. <i>Delle azioni perpetue e temporanee, e di quelle che passano agli eredi e contra gli eredi.</i>	211
Tit. XIII. <i>Delle eccezioni.</i>	216
Tit. XIV. <i>Delle repliche.</i>	218
Tit. XV. <i>Degl' interdetti.</i>	219
Tit. XVI. <i>Della pena de' temerarii litiganti.</i>	225
Tit. XVII. <i>Dell' uffizio del giudice.</i>	227
Tit. XVIII e ultimo. <i>De' giudizii pubblici.</i>	232

1
2
5
9
7
9
2
9
5
9
1
9
3
9
0
1
4
8
3
7
3
1
3
5
9

1
5
6
1



167

D

39



